

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS
NÍVEL DOUTORADO

FERNANDO GERSON

**A CRISE DA RACIONALIDADE DO DIREITO BRASILEIRO E OS OBSTÁCULOS
AO IMPLEMENTO DAS METAS LOCAIS EMANCIPATÓRIAS**

São Leopoldo
2011

FERNANDO GERSON

**A CRISE DA RACIONALIDADE DO DIREITO BRASILEIRO COMO OBSTÁCULO
AO IMPLEMENTO DAS NOVAS METAS LOCAIS EMANCIPATÓRIAS**

Tese apresentada como requisito parcial para a
obtenção título de Doutor em Ciências Sociais,
pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências
Sociais da Universidade do Vale do Rio dos
Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Aloísio Ruscheinsky

São Leopoldo

2011

G382c Gerson, Fernando
A crise da racionalidade do direito brasileiro como obstáculo ao
implemento das novas metas locais emancipatórias / Fernando Gerson. -
- 2011.
214 f. ; 30cm.

Tese (doutorado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos.
Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, São Leopoldo, RS,
2011.
Orientador: Prof. Dr. Aloísio Ruscheinsky.

1. Ciências sociais. Direito - Racionalidade. 3. Legitimidade
social - Direito. 4. Meta social emancipatória. 5. Sociedade
federativamente democrática. I. Título. II. Ruscheinsky, Aloísio.

CDU 316

Ao meu pai Hugo Gerson, pelo companheirismo, pela singular sabedoria e pela lição constante de vida. À minha mãe Nilza Hilda Gerson, por inculcar em mim a compreensão de que na vida lutar sempre é preciso. À minha amada esposa, Luciane Nascimento Cruz, pelo especial convívio e pelas privilegiadas reflexões.

Meus agradecimentos aos funcionários e professores do PPGD em Ciências Sociais da UNISINOS, pela disposição e solicitude, bem como pelo fraterno convívio. Minha gratidão ao apoio institucional do Ministério Público, Associação do Ministério Público e Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Meu especial agradecimento ao Professor Dr. Aloísio Ruscheinsky, pelos inesquecíveis e profícuos ensinamentos, bem como pela valiosa colaboração reflexiva e material na orientação e no aprimoramento do presente trabalho.

RESUMO

A idealização do Estado-razão na modernidade, como justificção teórica para a preservação da comunidade e o alcance do bem comum, encontra-se fortemente influenciada na crença acerca da legitimidade das ordens e comandos estatuídos pelas normas jurídicas e pelos indivíduos que estão nomeados para exercer a dominação. A implementação do Estado da social providência não se coaduna com o exercício da cidadania liberal-individualista de caráter fragmentário e mantenedor das desigualdades sociais. As dificuldades dos países semi-periféricos, como o Brasil, para a realização de um efetivo Estado Social de Direito deve ser revista a partir da correta inserção do ordenamento jurídico interno em um complexo sistema de globalização da economia e de dominação política dos países desenvolvidos. A imposição de uma racionalidade globalizante no plano internacional traz ínsita a concepção metafísica da universalização dos interesses, ocultando o aparecer das singularidades locais como forma de corrigir o rumo da instrumentalização do direito nacional às verdadeiras aspirações sociais. Mesmo na implantação da primeira jurisdição criminal universal da história da humanidade, criada para proteger os direitos humanos consagrados universalmente, os Estados dominantes não abriram mão de suas respectivas soberanias e institucionalizaram a seletividade da justiça criminal internacional e a relativização das sanções aos violadores dos direitos humanos. Já no plano jurídico interno, o paradigma racionalista transportado das ciências exatas para as ciências jurídicas norteou a busca idealizada da verdade ontologicamente inalcançável como um dos axiomas da instrumentalização (inautêntica) do Direito brasileiro. A investigação proposta parte do pressuposto que realmente todo conhecimento é de interesse social e destinado ao social, ainda que visto sob uma perspectiva individual, pois a ciência não deixa de ser uma prática social, na medida em que o conhecimento científico é realizado por um esforço social complexo para a compreensão da dinâmica de atuação dos atores sociais em determinada época e em determinado espaço social. Neste aspecto, para o alcance das metas sociais estabelecidas por uma agenda democrática, a análise dos fatores que legitimam o direito, ou a forma de “fazer o direito”, toma-se por base o conceito habermasiano do agir comunicativo como etapa dialógica indispensável para o alcance da democracia material. Após, é analisado o conceito de racionalidade do Estado proposto por Boaventura de Souza Santos na busca das chamadas *soluções locais*, na medida em que quanto mais local é o problema social apresentado, mais local deverá ser a solução proposta. A investigação proposta procura orientar-se nas bases da sociologia crítica para a compreensão acerca dos tópicos envolvendo a racionalidade jurídica, a legitimidade social do Direito e o papel do Poder Judiciário, reconhecendo-se a racionalidade local como condição epistêmica para o alcance das denominadas *metas sócias emancipatórias* para a formação de uma sociedade federativamente democrática.

Palavras-chave: racionalidade. legitimidade social. direito e democracia

ABSTRACT

The idealization of the state-reason in modernity, as theoretical justification for the preservation of the community and the achievement of common good, is strongly influenced in the belief about the legitimacy of the orders and commands laid down in law and by individuals who are appointed to exercise domination. The implementation of social welfare state is not consistent with the exercise of citizenship in liberal-individualist fragmentary and maintainer of social inequalities. The difficulties of the semi-peripheral countries such as Brazil, to conduct an effective social state of law should be reviewed from the correct insertion of the internal legal order in a complex system of economic globalization and political domination of developed countries. The imposition of an overarching rationality inherent in the international brings a metaphysical conception of universal interests, hiding the locations of the singularities appear as a way to correct the course of exploitation of national law to the true aspirations. Even in the first implementation of universal criminal jurisdiction of the history of mankind, created to protect universally recognized human rights, the ruling states have stuck to their respective sovereignty and institutionalized the selectivity of international criminal justice and the relativization of sanctions against violators of human rights. In the legal procedure, the rationalist paradigm transported from the sciences to the legal sciences guided the search for truth ontologically unattainable idealized as one of the axioms of instrumentation (inauthentic) of Brazilian law. The proposed research assumes that all knowledge is really of interest for the social and social, even if viewed from an individual perspective, because science does not cease to be a social practice, to the extent that scientific knowledge is held by an effort for understanding complex social dynamics of action of social actors in a given time and in particular social space. In this respect, to achieve the goals set by a social democratic agenda, the analysis of the factors that legitimize the right, or how to "do right", becomes based on the Habermasian concept of communicative action as a step necessary for dialogic the scope of democracy material. After it is analyzed the concept of rationality of state proposed by Boaventura de Sousa Santos calls in search of local solutions, in that the more local is the social problem presented, the more local the solution should be proposed. The proposed research seeks to orient itself on the basis of epistemology critical to the understanding of the issues involving the legal rationality, the social legitimacy of law and the role of the judiciary, recognizing the local rationality and epistemic condition for achieving the targets referred to as members emancipatory for the formation of a democratic society federally.

Keywords: rationality.social legitimacy. law and democracy.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 A FORMAÇÃO DO ESTADO RACIONAL COMO PARADIGMA DE JUSTIFICAÇÃO POLÍTICA DA MODERNIDADE | 15 |
| 2.1 O Estado como racionalidade e a universalização da racionalidade no Estado Moderno | 15 |
| 2.1.1 A sistematização da racionalidade: da ruptura para o conhecimento lógico | 15 |
| 2.1.2 A busca eurocêntrica dos enunciados jurídicos universalizantes no Estado | 19 |
| 2.2 O triunfo do liberalismo na política externa e seus impactos resultantes nos países periféricos | 24 |
| 2.2.1 O horizonte moral do Estado social como paradigma de contenção ao Estado minimalista | 24 |
| 2.2.2 O constitucionalismo mundial: a saída para evitar a justificação racional da dominação no cenário internacional..... | 31 |
| 3 O DESCUMPRIMENTO DAS METAS EMANCIPATÓRIAS E O APRENDIZADO DEMOCRÁTICO NO BRASIL | 46 |
| 3.1 A colonialidade do poder e o passado histórico na América Latina..... | 46 |
| 3.1.1 A formação da colonialidade latino-americana na visão de Aníbal Quijano | 47 |
| 3.1.2 A globalização e o eurocentrismo no processo da colonialidade latino-americana | 50 |
| 3.2 Os rumos estratégicos para a modernização e a democracia na América Latina..... | 53 |
| 3.2.1 Os atores sociais e a cultura cívica no aprendizado democrático na visão de Paulo Krischke..... | 53 |
| 3.2.2 O fortalecimento da democracia e a agenda estratégica: metas emancipatórias de I. Wallerstein..... | 56 |
| 4 A LEGITIMAÇÃO DO DIREITO COMO PADRÃO COERCITIVO E SOCIALMENTE JUSTIFICÁVEL NAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS | 61 |
| 4.1 A racionalidade preponderante na democracia social representativa | 61 |
| 4.1.1 O consenso discursivo e a racionalidade do Estado sob a ótica de Habermas | 61 |
| 4.1.2 A descolonialidade como condição emancipatória dos países periféricos e a subjetividade epistêmica do direito | 70 |
| 4.2 A redescoberta da sociedade civil latino-americana e o descumprimento das metas emancipatórias | 76 |

| | |
|--|------------|
| 4.2.1 As mudanças no caráter estratégico da ação coletiva no processo de expansão da esfera pública | 76 |
| 4.2.2 A legitimidade social do Direito e o resgate discursivo original com a assunção da Teoria Crítica..... | 80 |
| 5 A TRANSNACIONALIZAÇÃO DA CIDADANIA E A RUPTURA DE FRONTEIRAS: AS RAZÕES DE TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS UNIVERSAIS | 86 |
| 5.1 A racionalização mundial e a uniformização dos padrões coletivos de comportamento.86 | |
| 5.1.1 A universalização do bem comum e a padronização do arranjo discursivo no plano internacional | 87 |
| 5.1.2 O princípio da complementaridade do Tribunal: o paradigma da imposição da soberania | 93 |
| 5.2 A crise do Estado contemporâneo e a descentralização das normas de regulação social..... | 100 |
| 5.2.1 A crise global da racionalidade e as interferências das regulações externas e internas | 100 |
| 5.2.2 A racionalidade e a manutenção da realidade social via instrumentalização do Direito. | 116 |
| 6 POR UMA PLURALIDADE JURÍDICA CONTRA-HEGEMÔNICA COMO CONDIÇÃO DE ROMPIMENTO COM A TRADIÇÃO DO DIREITO..... | 143 |
| 6.1 Uma nova concepção como condição de implementação das metas sociais emancipatórias..... | 143 |
| 6.1.1 A hermenêutica como condição para a aproximação do Direito às novas realidades sociais | 144 |
| 6.1.2 A racionalidade local como pressuposto epistemológico para a legitimação social do Direito..... | 153 |
| 6.2 A crise epistêmica do paradigma dominante no direito brasileiro | 158 |
| 6.2.1 O rompimento com a tradição de padronização das práticas jurídicas..... | 158 |
| 6.2.2 A racionalidade normativa e a análise propositiva para um novo federalismo emancipatório | 169 |
| 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 179 |
| REFERÊNCIAS | 189 |
| ANEXO A - CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS | 199 |
| ANEXO B - DECRETO N° 4.388, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002 | 200 |
| ANEXO C - ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL ... | 201 |

| | |
|---|------------|
| ANEXO D - CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 | |
| | 205 |

1 INTRODUÇÃO

O tema da presente investigação trata da crise da funcionalidade do Direito brasileiro sob a ótica da Sociologia crítica, mediante a análise da tensão dialética entre a emancipação e a regulação, bem como os procedimentos democráticos que fundamentam a legitimidade social do direito.

A regulação jurídica tradicional pelo Direito interno vem sofrendo um contínuo enfraquecimento pela intensificação generalizada das práticas transnacionais, sendo que a concepção de que o Estado soberano é a fonte central da produção do Direito não mais condiz com a realidade contemporânea globalizada.

O objeto da pesquisa está voltado para a análise dos fatores que alicerçam a legitimidade do Direito e a necessidade de compreender esta legitimidade desvinculada da coerção, sob o reconhecimento do pluralismo inafastável das sociedades complexas contemporâneas.

A pesquisa baseia-se especialmente na epistemologia crítica para a compreensão acerca da problemática, primando pelo enfoque crítico, a partir da historicidade e da compreensão de autores escolhidos. Os seus aportes, interfaces e distinções possibilitarão a apresentação de análise propositiva, particularista e delimitacional a partir de uma visão da historicidade brasileira.

A presente tese tratará dos fatores de condicionamento do Direito à mentalidade funcional-pragmática, calcada na impaciência com abstrações destinadas a explicar os ritmos acelerados das mudanças sociais e dos novos conflitos, dificultando a aproximação do direito à sociedade, situação esta enfrentada no cotidiano pelo autor da investigação, representante do Ministério Público no Rio Grande do Sul.

O Direito contemporâneo, regulador de uma sociedade massificada e globalizada, caracteriza-se pela primordial função de regular e, sobretudo, pacificar os conflitos existentes na sociedade quando procura classificar os interesses opostos em categorias que merecem ou não de tutela do Estado. Ao buscar harmonizar os interesses parcialmente opostos define os limites de reconhecimento e proteção desses direitos, bem como tenta regular as instituições públicas e executar as normas gerais, individualizando-as aos casos concretos. Neste processo de pacificação social, o Direito apresenta-se como o único campo científico dotado de coerção

estatal exercida com o emprego de força para a garantia da vigência das normas jurídicas, aparentemente selecionadas socialmente como dignas de tutela estatal.

Pretende-se analisar, inicialmente, a histórica aproximação do Direito das ciências exatas e da racionalidade científica, suas conseqüências, bem como os fatores e o papel transformador do Direito como instrumento de modificação da sociedade e de implementação da democracia no Brasil, possibilitando, posteriormente, a investigação acerca das etapas de pesquisa: Estado/Racionalidade/Legitimidade/Democracia.

Tem-se a convicção que para a implementação das metas emancipatórias, aqui entendidas como as agendas públicas estratégicas estabelecidas pela sociedade em um determinado espaço social e político, é indispensável a análise dos fatores que legitimam socialmente o Direito sob a ótica da sociedade brasileira.

Por isso, a investigação parte da análise do conceito habermasiano do agir comunicativo como etapa dialógica indispensável para o alcance da democracia material, bem como o seu cotejo com a compreensão acerca do conceito de racionalidade do Estado proposto por Boaventura de Souza Santos na busca das chamadas *soluções locais*, sob a ótica de que quanto mais local é o problema social apresentado, mais local deverá ser a sua solução.

O problema central da investigação pode ser sintetizado na análise da problemática representada pela relação do direito com a emancipação social, ou seja, o papel do Direito na busca pela emancipação social que, sob uma determinada ótica da Sociologia, constitui uma verdadeira atividade contra-hegemônica, na medida em que a institucionalização do reducionismo na análise das peculiaridades locais transforma as normas gerais de comportamento em regras destituídas de racionalidade.

O distanciamento e a carência de sentido da aplicação das normas de comportamento representadas pelas leis promulgadas pelo Estado para os diferentes campos da realidade social, tem sido um dos pontos mais problemáticos da crise jurídica e social da sociedade brasileira. Além disso, o universalismo globalizante que impede a manutenção das peculiaridades sociais fomenta a atuação da dogmática jurídica no cenário brasileiro que procura manter o *status quo* das relações desiguais no âmbito interno, por intermédio do gerenciamento inautêntico das normas jurídicas. Ao mesmo tempo, é fortemente caracterizada, sob a ótica externa, pela crença em um determinismo social calcado na voluntária submissão às leis consideradas inexoráveis e na descrença em mudanças quantitativas e qualitativas da vida das pessoas.

A forma como a globalização é imposta, sem discussões acerca das finalidades e conseqüências dessa transição no plano social e jurídico, apenas reforça o paradigma da imposição de uma “racionalidade globalizante”. A concepção do Estado de Direito não pode renegar a Constituição Federal a uma condição de legislação periférica, destituída de seu real significado dirigente e compromissário, em prol de uma normatização internacionalista que percebe a soberania como um “entreve” aos comandos normativos universalizantes.

Ademais, o paradigma da racionalidade na busca idealizada da verdade produziu o velamento histórico do sentido transformador do direito no Brasil. É preciso superar a crise paradigmática da objetificação, ou seja, da universalização do senso comum teórico, representativo de um modelo tradicional de manutenção da realidade social alicerçado, como bem trabalhado e sistematizado por Bourdieu, nas trocas patrimoniais simbólicas entre os seus operadores, em prejuízo da vontade constitucional visando à formação de um novo Estado garantidor das peculiaridades locais emancipatórias, como preconizado por Boaventura de Souza Santos.

A natureza da problemática indica a pesquisa teórica, com fortes elementos históricos contemplando principalmente a formação do direito na sociedade e a caracterização de acordo com a compreensão e delimitação dos objetivos propostos, quais sejam: elaborar uma teoria crítica acerca do papel do direito na sociedade brasileira, concebendo-se a necessidade de se aceitar a transição paradigmática no que tange às práticas jurídicas como condição de procedibilidade para o alcance das denominadas metas emancipatórias. Não se pretende relegar o enfoque indutivo na análise dos elementos da exposição, partindo-se de hipóteses estabelecidas a priori, mas as questões focais vão se tornando mais diretas e específicas com o transcorrer do estudo.

A adoção da perspectiva exploratória justifica-se na medida em que a problemática envolve apontamentos e diretrizes para o aprimoramento das relações sociais e da normatização exercida pelo Estado. No entanto, no campo das pesquisas teóricas as abordagens a partir da corrente crítica e da construção lógica do raciocínio demonstrativo desafiam a priorização do processo dedutivo para a elaboração do texto.

Neste contexto serão coletadas conclusões lógico-dedutivas das proposições em uma seleção de comportamentos regulados pela lei e pela jurisprudência que se modificam, renovando-se na medida em que alterados os comportamentos de uma determinada sociedade. Por isso, a Sociologia do direito busca descrever e explicar o fenômeno jurídico como parte

da vida social, voltada para a investigação da realidade social, como forma de aprimorar a produção jurídica conferindo-lhe legitimidade e racionalidade.

Daí porque o fenômeno jurídico, como um autêntico fenômeno social, constitui-se em uma seleção de comportamentos regulados pelo Estado que se modificam, renovando-se na medida em que alterados os comportamentos de uma determinada sociedade, em respeito ao dinamismo inerente às atividades e condutas praticadas nos campos sociais.

Quanto ao sumário, optou-se pela estruturação da tese em cinco capítulos estruturais. A ideia pretende abarcar os referenciais teóricos selecionados para a delimitação da problemática central e a análise propositiva da investigação.

No segundo capítulo, pretende-se abordar a formação do estado racional minimalista como paradigma teórico de justificação política da modernidade, a partir da concepção do Estado como criação artificial da razão humana. Com isso, a universalização da racionalidade no Estado Moderno terminou por sistematizar a racionalidade como estratégia de dominação, culminando na histórica busca eurocêntrica dos enunciados jurídicos universalizantes e na moderna concepção do Estado social como novo paradigma político de ação de Estado, o qual proclama a necessidade de filtrar a justificação racional da dominação no cenário internacional, com a teoria Boaventurista acerca do resgate da racionalidade local.

No terceiro capítulo, pretende-se delimitar o cenário da presente exploração científica para a análise do descumprimento das metas emancipatórias do aprendizado democrático no Brasil, com o tema envolvendo a colonialidade do poder e o passado histórico na América Latina, o qual terminou pautando o discurso da modernidade em meio a um cenário de exploração social na América Latina colonial em meio ao mundo globalizado. Em razão da análise deste tópico, a investigação passará para a análise dos rumos estratégicos para a modernização e a democracia na América Latina, bem como do surgimento dos novos atores sociais e da cultura cívica no aprendizado democrático latino-americano.

No quarto capítulo, abordar-se-á a legitimação do direito como padrão normativo coercitivo e socialmente justificável nas sociedades democráticas. Neste contexto, pretende-se discorrer acerca da democracia formal como conjunto de regras legitimadoras do direito e analisar o outro referencial teórico proposto na presente tese, ou seja, a legitimidade material do Direito e o consenso discursivo na ótica de Jürgen Habermas, centrando a análise na tradução sociológica do conceito normativo de política deliberativa, a fim de culminar na

perspectiva apresentada sobre a dialética entre a igualdade de fato e a igualdade de direito sob a ótica da teoria do agir comunicativo.

No quinto capítulo, pretende-se investigar o direito como ciência social e a assunção de novas políticas emancipatórias calcadas no Federalismo e na autonomia normativa dos Estados. Neste ínterim, será analisada a questão envolvendo a transição epistemológica à transição societal do direito na visão de Boaventura de Souza Santos, bem como a formação de poderes específicos em cada espaço estrutural e a impossibilidade do consenso discursivo generalizante, tanto no plano interno quanto no plano internacional, na medida em que a soberania nacional igualmente sofre com a problemática da desregulação patrocinada pela legislação externa, muitas vezes contrária aos ditames constitucionais.

O sexto capítulo trata da questão do federalismo dentro da concepção boaventurista *metas emancipatórias*, a análise dos fatores que legitimam o direito é desenvolvida sob a ótica da sociedade brasileira, a partir do conceito habermasiano do agir comunicativo, sem perder o nexo com o a análise da racionalidade realizada por Boaventura de Souza Santos na busca das chamadas *soluções locais*, pois, como antes mencionado, quanto mais local é o problema social apresentado, mais local deverá ser a solução proposta.

Dessa forma, será objeto de abordagem a denominada *pluralidade jurídica contra hegemônica* como possibilidade de preservação e respeito aos elementos históricos multiculturais e multiraciais existentes nas sociedades, sendo que a co-presença dessas diversidades estaria livre da anomia social e da falta de contemplação de direitos e da distribuição das riquezas, se porventura as normas de comportamento realmente emanassem de um Estado representativo dessa parcela da coletividade, fomentando a participação cívica dos cidadãos.

Quanto menos abrangentes as práticas políticas, mais tende a sociedade a definir-se culturalmente, afirmar a sua identidade social e atuar na defesa da sua cidadania, respeitando-se o modo de vida das pessoas e a pluralidade cultural existentes em um mesmo espaço social, jurídico e político.

Diante deste quadro, sob a ótica sociológica, na autonomia normativa descentralizada faz-se necessário o respeito aos conhecimentos ausentes que não se inserem na universalização de um consenso discursivo muitas vezes fictício e distante das peculiaridades locais, no que tange ao seu contexto histórico, cultural e político da sociedade

destinatária dos comandos normativos que a regula, dentro de uma perspectiva crítica acerca dos rumos de um Brasil constitucionalmente federalista.

2 A FORMAÇÃO DO ESTADO RACIONAL COMO PARADIGMA DE JUSTIFICAÇÃO POLÍTICA DA MODERNIDADE

A formação do estado racional minimalista como paradigma teórico de justificação política da modernidade, permitiu a universalização da racionalidade no Estado Moderno, terminando por sistematizar a racionalidade como estratégia de dominação, redundando na histórica busca eurocêntrica dos enunciados jurídicos universalizantes e na moderna concepção do Estado social como novo paradigma político das ações do Estado. Dessa forma, proclama-se a necessidade de se filtrar a justificação racional da dominação no cenário internacional, considerando a teoria Boaventurista acerca do resgate da racionalidade local como condição indispensável para o implemento das metas locais emancipatórias.

2.1 O Estado como racionalidade e a universalização da racionalidade no Estado Moderno

Os caminhos da história, evidentemente, não delinearam as sociedades uniformemente. No entanto, a convergência dos paradigmas filosóficos e sociológicos clássicos consubstanciados na idéia da busca do *bem comum* sempre foram utilizados como fonte principal de justificação da organização e do exercício do poder político. De fato, a organicidade sempre foi concebida como “natural” ou inerente a qualquer forma de coesão social representada pelos Estados forjados historicamente em áreas de confluência de poderes institucionalizados pela *razão*. Os países atrelados à política européia do Ocidente inauguraram o Direito Moderno baseado em princípios e em leis positivadas e, portanto, na administração especializada da justiça – calcada em enunciados políticos e jurídicos universais na busca pela unidade em um contexto de forte fragmentação do poder –, porquanto as normas promulgadas obedeciam a princípios estabelecidos por acordos racionais, sob o manto pragmático-utilitário, alheias às interpretações permeadas por tradições religiosas, estamentais ou particularistas.

2.1.1 A sistematização da racionalidade: da ruptura para o conhecimento lógico

A razão sempre foi concebida como diferencial e essência do homem em face dos demais animais tidos por irracionais. A razão, por certo, não constitui requisito básico para a existência ou sobrevivência do ser vivo, uma vez que os demais animais sempre sobreviveram

guiados pelos seus inafastáveis instintos naturais exteriorizados no meio ambiente e acompanhados da evolução genética de adaptação na natureza.

Buscar na história o marco do surgimento da razão impende a análise das inúmeras teorias advindas do estudo de pesquisadores de diversas áreas de conhecimento. A imprecisão natural da antropologia e da história acerca do surgimento dos primeiros hominídeos ancestrais representa a mesma dificuldade em se detectar quando o homem passou definitivamente a utilizar as suas privilegiadas funções cerebrais para *raciocinar*, tendo em vista que a razão é coexistente à própria humanidade, não sendo possível buscar na história uma essência metafísica como a razão, já que passaríamos de uma concepção essencialista do homem a uma concepção evolucionista da própria história, não havendo motivos, ao menos no plano filosófico, para pensar que o homem, coletiva ou individualmente, raciocinam mais ou melhor hoje que antigamente, e muito menos para procurar datar o nascimento da *razão-faculdade*¹.

Dessa forma, a razão sempre foi concebida como a capacidade intelectual de pensar e expressar o universo exterior de maneira clara, precisa, organizada e compreensível.

A evolução do pensamento racional, em sua essência e origem, sempre assumiu uma posição de confronto em relação aos pensamentos meramente especulativos, emocionais, místicos ou religiosos, justamente porque a verdade das coisas necessita da ordenação lógica não-transcendental, muitas vezes empregada com método e advinda da experiência.

Segundo preconizado por Chauí², o conhecimento racional considera historicamente quatro princípios fundamentais: o princípio da identidade, o princípio da não-contradição, o princípio do terceiro excluído e o princípio da razão suficiente, como condições inafastáveis

¹ WOLFF, Francis. Nascimento da Razão, Origem da crise. In: NOVAES, Adauto (Org.). **A crise da razão**. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1999.

² O princípio da identidade é a própria condição do pensamento, pois uma coisa só pode ser conhecida e pensada se for percebida e conservada com sua identidade, pois se o estudo geométrico das formas definiu que o triângulo corresponde a uma figura de três lados e de três ângulos, qualquer outra forma geométrica que não correspondesse a essas características não seria um triângulo, razão pela qual a identidade do objeto “triângulo” é condição do próprio agrupamento das idéias correspondentes a forma em tela. O princípio da não-contradição afigura-se como um complemento do princípio anterior, uma vez que as coisas não podem *ser* e *não ser* ao mesmo tempo, na medida em que o triângulo não poderá conter ou não conter três lados. A não-contradição, como regra do conhecimento racional, determina, de maneira complementar ao princípio anterior, que uma idéia que se nega a si mesma é autodestrutiva e ordenadamente inexistente. No que tange ao princípio do terceiro excluído, partimos do enunciado exemplificativo que ou o triângulo corresponde a *x* ou a *y*, não havendo uma terceira possibilidade. Por último, o princípio da razão suficiente parte da concepção de que tudo que existe e todos os acontecimentos possuem uma causa ou motivo para existir ou para acontecer, o que não significa que a racionalidade não leve em consideração determinadas intercorrências ou fatos acidentais e, por mais absurdas e inaceitáveis as suas razões, existe uma causa produtora do efeito. CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2002. p. 60-1.

do pensamento lógico, possibilitando a exclusão dos equívocos irracionais na busca da solução almejada.

Com efeito, a racionalidade, tal como concebida em sua gênese, apresenta-se como uma validade universal indispensável para a expressão do pensamento e da vontade humana. No entanto, evidentemente que a simplicidade teórica das regras fundamentais do conhecimento racional, ao longo da história da humanidade, mostrou-se insuficiente para agrupar, compreender e solucionar os mais variados e complexos dilemas apresentados pela natureza, pelas ciências exatas e pela crescente complexidade das relações humanas, sobretudo considerando a indeterminação, a relatividade e a pluralidade das soluções apresentadas diante da posição do observador e de suas variáveis, em face dos comprometimentos ideológicos, culturais ou políticos.

A busca da purificação de um enunciado social verdadeiro, portanto, não pode ser concebida separadamente daquele que o propõe e da forma articulada pelo proponente visando ao discurso verdadeiro. A razão, portanto, surge como essência do homem que, ao longo da sua existência, procura reagrupar uma ordem lógica do saber e do pensar, buscando a sistematização da racionalidade nas diversas áreas de conhecimento e a ruptura da ordem mítica explicativa da natureza.³

No mundo Ocidental, os primeiros registros da sistematização da passagem do mito à razão já eram encontrados nos fragmentos creditados aos filósofos pré-socráticos que viviam na Grécia Antiga e nas suas colônias. A explicação mítica dos fenômenos naturais e sociais passou a ser concebida como um discurso decadente e anti-reflexivo, incapacitando o ser humano de exercer a sua maior faculdade que o distingue dos demais animais: o raciocínio.⁴

³ CORBISIER, Roland. **Enciclopédia filosófica**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987. p. 155-65.

⁴ O rico universo das investigações pré-socráticas iniciaram o delineamento da libertação do homem civilizado, em razão das constantes investidas especulativas patrocinadas pelos pensadores sobre os fenômenos impostos pela natureza e sobre a própria existência humana. É atribuído à Tales de Mileto (aproximadamente 640-548 a.C), considerado fundador da filosofia por Aristóteles, a afirmativa de que a água é o elemento primordial de todas as coisas e, segundo registros, buscou incessantemente a elaboração de uma teoria não-mítica para explicar as inundações do Rio Nilo. Heráclito de Éfeso (aproximadamente 540-470 a.C), inspirador de inúmeros filósofos contemporâneos pelo reconhecimento da arte da dialética, cognominado de *obsuro*, já chamava a atenção nas pluralidades e nos opostos, preconizando que tanto o bem como o mal são necessários ao todo, e que da luta dos contrastes nasce a mais bela harmonia, oportunidade em que o logos é o princípio cósmico, elemento primordial, e a razão do real, a inteligência, pois a verdade se encontra no devir e não no ser. Pitágoras de Samos (século VI a.C.), por exemplo, acreditava na divindade do número, atribuindo ao universo a lógica da matemática para fundamentar a sua lógica mecanicista da existência. In: BORNHEIM, Gerd A. (Org.). **Os filósofos Pré-Socráticos**. São Paulo: Cultrix, 2000. p. 14-44.

A estrutura do Estado racional implica na compreensão acerca da existência de um ente que exerce a dominação estrutural sobre as práticas sociais. No dizer de Weber⁵, “*todas as áreas da ação social, sem exceção, mostram-se profundamente influenciadas por complexos de dominação*”.

Entretanto, a idéia de Estado racional analisada na presente pesquisa importa também no estudo da clássica concepção weberiana de dominação, ou seja, na existência de um processo de obediência para ordens específicas baseadas nos mais diferentes motivos para a submissão correspondente. O autor considera a existência de três tipos puros de dominação legítima: a de caráter carismática, baseada na veneração extracotidiana da santidade, do caráter heróico ou do caráter exemplar de uma determinada pessoa e das ordens por ela reveladas ou criadas; a de caráter tradicional, calcada na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em razão dessas tradições, representam uma autoridade da dominação tradicional; e, por fim, a de caráter racional, baseada na crença da legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em razão dessas ordens, estão nomeados para o exercício da dominação legal.⁶

Existe um entrelaçamento entre as três modalidades de dominação legítima, em maior ou menor grau em uma determinada sociedade, pois não se pode olvidar a existência imprescindível de líderes carismáticos no campo político ou mesmo da tradição vinculada a hábitos costumeiros nas relações sociais. Nas sociedades ocidentais estruturadas sob a égide capitalista prevalece o sistema de dominação baseado em estatutos de ordem impessoal e legalmente instituídos, caracterizados pela objetividade legal e universal no seu âmbito de incidência.

Alguns traços comuns são observados claramente para a manutenção da dominação institucional, contrapondo a noção “dinâmica” e a dimensão “estática” da razão. Em outros termos, a ótica do conservadorismo histórico do sistema estado está em oposição ao sentido progressista e revolucionário emergente:

Para o pensamento progressista, tudo tem o seu sentido derivado, em última análise, de alguma coisa ou acima ou além de si mesmo, de uma utopia futura, ou de sua relação com uma norma transcendente. O conservador, todavia, vê toda a significação de uma coisa no que está *por trás* dela, ou no seu passado temporal ou no seu germe evolucionário. Enquanto, o progressista usa o futuro para interpretar as

⁵ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Traduzido por Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. v. 2, p. 101. Tradução de *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der Verstehenden Soziologie*.

⁶ Ibid.

coisas, o conservador usa o passado; o progressista pensa em termos de *normas*, o conservador em termos de *germes*.⁷

Entretanto, no dizer de Mannheim⁸, os conservadores substituíram a razão por conceitos gerais como história, vida e nação, optando francamente por noções apresentadas pelo direito natural. Este último se fundamenta, dentre outras, nas premissas estruturantes do racionalismo como um método para a solução de problemas, da pretensão à validade universal de todos os indivíduos e do próprio pensamento estático (a razão como esfera autônoma e independente da história).

A importância da distinção apresentada por Mannheim⁹ revela que a revolução liberal burguesa, num determinado contexto histórico, apresentava-se como abertamente progressista, pois a concepção de organismo social foi desenvolvida pelos conservadores para combater a crença liberal-burguesa de aplicabilidade universal de todas as inovações políticas e sociais. Todavia, o Estado racional paulatinamente associou-se a bases estamentárias e buscou seus alicerces no pensamento estático e universal tão convenientemente acoplado nas aspirações burguesas. Estas se contrapunham ao relativismo das normas de coerção estatal no mesmo sentido em que a ciência apresentava soluções objetivas e seguras acerca de determinados fenômenos da natureza e o positivismo lógico crescia como norte teórico na Europa e nos Estados Unidos da América¹⁰.

2.1.2 A busca eurocêntrica dos enunciados jurídicos universalizantes no Estado

A proeminência do Estado mediante a indissociável subordinação dos indivíduos ao poder central, tendo em vista a natureza egoística e malvada do homem, norteou a teorização proposta por Maquiavel baseada em uma série de preceitos de cunho racional destinados a conduzir o príncipe em angariar a confiança dos súditos, podendo valer-se, inclusive, diante das circunstâncias apresentadas, de instrumentos antiéticos de dominação, utilizando-se *a*

⁷ MANNHEIM, Karl. . São Paulo: Ática, 1982. p. 98.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ “Os positivistas lógicos classificaram inicialmente grande parte dos dilemas tradicionais e ontológicos da filosofia como pertinentes à metafísica e, assim, como externos ao escopo da discussão racional. As disputas entre o fenomenismo, o realismo, o idealismo e assim por diante foram abandonadas como desprovidas de significação, na medida em que não havia nenhum modo pelo qual elas pudessem ser submetidas a qualquer caracterização do princípio de verificação”. GIDDENS, Anthony. **Política, e teoria social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo**. São Paulo: Ed. da UNESP, 1997. p. 187.

*capacidade pessoal de dominar os eventos, já que para conquistar e manter um Estado os fins justificam os meios.*¹¹

Notadamente a partir dos séculos XVII e XVIII começa a despontar o aparecimento do grande paradigma do conhecimento científico estruturado no conhecimento racional empírico e cientificamente demonstrado, reduzindo o campo do conhecimento às ações humanamente observáveis e, portanto, ao pensamento lógico.

O cartesianismo aplicado para a melhoria da condição humana por intermédio da visão científica condicionou a dominação da técnica sobre a natureza e propagou o discurso da lógica matemática para as ciências humanas sob o ângulo prático exigido pela metodologia racional, pois *o método que ensina a seguir a verdadeira ordem e a enumerar todas as circunstâncias daquilo que se procura contém tudo quanto dá certeza às regras da aritmética.*¹²

Não foram poucos os pensadores que, norteados pela evolução da ciências empíricas, sistematizaram a construção da humanidade a partir do pensamento racional reducionista como modelo de gerência no campo administrativo e como modelo de tomada de decisões. Os países vinculados à política europeia do Ocidente inauguram o Direito moderno baseados em conceitos universais, segundo princípios estabelecidos racionalmente, utilizando-se de uma administração especializada da justiça, sob a égide pragmático-utilitária, alheia às interpretações permeadas por tradições religiosas, estamentais ou mesmo particularistas.

A lenta passagem do Direito tradicional europeu, marcado pela imposição secular e teocrática, para o consenso racional da instrumentalidade compeliu o Estado a aceitar o inevitável *pluralismo como perturbação*¹³, como bem salientado por Reinhold Zippelius:

Estes debates, porém, não se realizam num processo totalmente racional. Faltam, desde logo, grandezas iniciais (do benefício individual) que sejam exactamente mensuráveis e comparáveis, e com base nas quais seja possível calcular um “máximo compatível com a satisfação de interesses”. Também as diferentes preferências (hierarquia de desejos) de uma pluralidade de pessoas não se podem

¹¹ “Uma proposição deste tipo é um exemplo evidente do famigerado princípio maquiavélico de que “os fins justificam os meios”. Qual o fim de um príncipe? Manter o poder. O julgamento sobre a bondade ou a maldade de um príncipe não se faz com base nos meios que emprega, mas exclusivamente com base no resultado que obtém – quaisquer que sejam os meios usados...”. BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 78.

¹² DESCARTES, René. **Discurso do método**. Traduzido por Elza Moreira Marcelina. Brasília: UNB, 1998. p. 47. Tradução de Discours de la méthode.

¹³ “Para a imagem do Estado autoritário, o pluralismo apresenta-se, conseqüentemente, como fenómeno de decadência.” ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 298.

arrumar numa ordem racional e isenta de contradições. Além disso, pode-se duvidar se os cidadãos são, no fundo, capazes de reconhecer e verificar em todos os casos qual actuação política servirá os seus “verdadeiros interesses”. Estas dúvidas dizem respeito à questão de princípio de saber se a forma democrática do Estado é, no fundo, apropriada para a regulação óptima dos interesses. Neste contexto revela-se, no entanto, problemático saber se se alcançará uma optimização da satisfação dos interesses, susceptível de comprovação racional. Contudo, também ninguém dispõe de uma fórmula, racional e universalmente convincente, do maior “bem comum” que se possa opor como melhor alternativa ao compromisso democrático.¹⁴

O paradigma do Direito natural como o Direito da razão caracterizou o Estado Moderno e fomentou as revoluções burguesas de cunho liberal-individualista. A Revolução Francesa e a Americana culminaram na proclamação dos direitos do homem, como detentor de direitos universais que antecederiam a própria instituição estatal. Evidentemente que o substrato teórico apoiado na noção do contrato social celebrado entre indivíduos, em princípio livres e iguais, como modelo de elaboração e justificação das normas legais terminaram por aproximar o Estado, num primeiro momento, às classes burguesas e, numa segunda análise, ao cidadão individualmente considerado.

Neste aspecto, a visão instrumentalizada do Estado apoiada pelo paradigma “jusnatural-contratualista” norteou a trajetória do Estado Moderno rumo à institucionalização do Estado Constitucional formada pelo consenso formal-racional em contraposição ao formalismo mágico-tradicional, oportunidade em que a noção de *estado de natureza* apresenta-se como hipótese de justificação da existência da sociedade politicamente organizada.¹⁵

As variantes teóricas do contratualismo não impediram a sua sistematização doutrinária calcada na *aceitação de que a sociedade é resultante de uma necessidade natural do homem*¹⁶, consagrando o indivíduo como homem social portador de direitos e de obrigações com os demais indivíduos e com o Estado legitimado pelo consenso racional ou social.

A desordem representada pelo estado de natureza verificada por Thomas Hobbes deve ser confrontada pela instalação da sociedade civil organizada, uma vez que o homem *não tem nenhum prazer na companhia dos outros*¹⁷, antes pelo contrário, a sua natureza, embora revestida pela indelével igualdade natural, é luxuriosa, apaixonada, egoísta,

¹⁴ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 301.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. p. 35.

¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 18.

¹⁷ THOMAS HOBBS, no capítulo XIII - da obra *Leviatã*, assevera que: “[...] os homens não têm nenhum prazer na companhia dos outros (mas, pelo contrário, um enorme desprazer), quando não existe um poder capaz de inspirar respeito a todos. Porque todo homem espera que seu companheiro lhe atribua o mesmo valor que ele se atribui.” MORRIS, Clarence. **Os grandes filósofos do direito**. Traduzido por Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 105.

fraudulenta e beligerante, sintetizada pela completa falta de noção do que é certo ou errado, justo ou injusto, ético ou não, deve ser contornada pela celebração do contrato social fundado na recíproca transferência de direitos.

A formação do Estado, portanto, obedecendo ao reflexo da razão humana, torna-se condição de superação do indesejado estado primitivo e de alcance da paz e do bem comum, por intermédio de mandamentos universalizantes, advindos das *faculdades naturais* que regem o Direito e a justiça social, porquanto originados do pacto social racionalmente celebrado. Neste sentido Hobbes¹⁸ afirma:

Ora, aquilo que não contraria a reta razão é o que todos os homens reconhecem ser praticado com justiça e direito; pois, pela palavra *direito*, nada mais se significa do que aquela liberdade que todo homem possui para utilizar suas faculdades naturais em conformidade com a razão reta. Por conseguinte, a primeira fundação do direito natural consiste em que todo o homem, na medida de suas forças, se empenhe em proteger sua vida e membros.

John Locke¹⁹, reforçando a idéia de representatividade como diferencial moderado para a correção do estado de natureza, contribuiu com a apresentação de contundente substrato teórico para a formatação do liberalismo inglês. O estado de guerra, na realidade, não encontra exata correspondência com o idealizado estado de natureza, justamente porque o ideal de todo governante e cidadão é buscar uma correspondência entre os instintos naturais de ética e de preservação com as leis promulgadas por um justo poder legislativo, por isso que a lei da natureza torna-se um comando racional quando aceito e respaldado pelo legislador ou pelo magistrado no julgamento de uma contenda entre os cidadãos, oportunidade em que esse estado de total liberdade entre homens iguais pode gerar o verdadeiro estado de guerra em meio à própria existência numa sociedade civilmente organizada.

Cada delito passível de ser cometido no estado de natureza é também passível de ser punido da mesma forma e no mesmo grau que numa sociedade política; pois, embora esteja fora dos meus propósitos entrar aqui nas particularidades da lei da natureza ou de suas *medidas punitivas*, é no entanto certo que tal lei existe, sendo também tão inteligível e clara para uma criatura racional e para um estudioso dessa lei quanto as leis positivas das sociedades políticas, e possivelmente ainda mais clara, tanto quanto a razão é mais fácil de ser entendida do que as fantasias e as intrincadas maquinações dos homens, que seguem interesses contrários e ocultos formulados por meio de palavras, visto que assim é verdadeiramente uma grande

¹⁸ HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 31.

¹⁹ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

parte das leis municipais dos países, as quais só são verdadeiras se baseadas na lei da natureza, mediante a qual são reguladas e interpretadas.²⁰

A associação dos indivíduos para a convivência e atuação conjuntas no interesse da sociedade civil, em nome da retidão de uma vontade geral, inspirou Jean-Jacques ROUSSEAU a propagar a obediência à consciência coletiva representada pela reta razão do Estado, na medida em que a alienação dos direitos de cada associado em favor de toda a comunidade, significa *legitimar os interesses civis* e manter a integridade do contrato, garantindo, como consequência, o caráter instrumental e representativo da instituição estatal.

Considerando a pessoa moral que constitui o Estado como um ente da razão, porquanto não é um homem, ele desfrutará dos direitos do cidadão sem querer desempenhar os deveres do súdito – injustiça cujo progresso determinaria a ruína do corpo político [...] A fim de que o pacto social não represente, pois, um formulário vazio, compreende ele tacitamente este compromisso, o único que poderá dar força aos outros: aquele que recusar obedecer à vontade geral a tanto será constringido por todo um corpo, o que não significa senão que o forçarão a ser livre, pois é essa a condição que, entregando cada cidadão à pátria, o garante contra qualquer dependência pessoal. Essa condição constitui o artifício e o jogo de toda a máquina política, e é a única a legitimar os compromissos civis, os quais, sem isso, se tornariam absurdos, tirânicos e sujeitos aos maiores abusos.²¹

A concepção do Direito natural como padrão social de validade universal passou a ser concebido como o Direito da razão e representou o delineamento doutrinário para a elaboração das regras sociais de Estado, a partir da concepção liberal e individualista da sociedade. “La doctrina iusnaturalista del Estado no es solamente una teoría racional del Estado, sino al mismo tiempo es una teoría del Estado racional. El Estado es elevado a ente de razón, único en el que el hombre realiza plenamente su propia naturaleza como ser racional”²². Evidentemente que a afirmação de um Direito racional universalmente válido levou a necessidade de codificação das normas para a organização de um saber jurídico lógico. O positivismo crescente passou a considerar o Estado como fonte central de todo o Direito e a lei como sua única e legítima expressão, formando um sistema fechado e formalmente coerente, sedimentando o aparecimento da indelével e mantenedora dogmática jurídica.²³

Para Hans Kelsen a paulatina, mas definitiva, transição da liberdade natural para a liberdade social afigurou-se essencial para a concepção da democracia, porquanto o dualismo

²⁰ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 390-1.

²¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 75.

²² SANTILLÁN, José Fernández (Org.). **Norberto Bobbio: el filósofo y la política**. Traduzido por José Fernández Santillán e Ariella Aureli. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 81

²³ VIEIRA, List. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 1998. p. 15-7.

entre natureza e sociedade só é possível com uma ordem normativa para regular o comportamento humano, em contraposição à ordem causal da fenomenologia natural. Daí porque o absolutismo filosófico representado por uma concepção metafísica da liberdade, que não distingue a natureza da sociedade, *é decisivamente rejeitada por uma filosofia antimetafísica e racionalista* quando cotejados os valores dicotômicos da imputação e da causalidade, sendo determinante que a idéia metafísica da liberdade seja transformada no conceito de liberdade política.²⁴

2.2 O triunfo do liberalismo na política externa e seus impactos resultantes nos países periféricos

A concepção minimalista do Estado liberal, sem dúvida, fomentou o progresso econômico nos países que assimilaram a revolução industrial e estruturou o pluralismo político baseado no individualismo. Mas os dogmas da auto-regulamentação da economia forjadas no século XIX não foram devidamente ajustados às novas necessidades de um mundo globalizado, porquanto a autonomia irrestrita da vontade, que caracteriza a nova dinâmica política mundial, sob a perspectiva dos Estados periféricos, realça a vulnerabilidade externa, em razão da crescente desnacionalização dos centros de regulamentação jurídica em prol de uma racionalidade capitalista globalizante de dominação, inserida dentro de um contexto de concreta desigualdade entre os Estados, fruto da política de prevalência do mais forte e, portanto, pela existência de soberanias limitadas e economicamente dependentes, de modo que uma compreensão crítica deste complexo dilema conduz à necessidade de se repensar o Estado em sua dimensão interna, bem como em face de suas relações externas, a fim de que as metas emancipatórias do Estado da providência social sejam implementadas mundialmente.

2.2.1 O horizonte moral do Estado social como paradigma de contenção ao Estado minimalista

As concepções liberais dominantes passaram a canalizar as suas energias para a solução da *dicotomia* indivíduo *versus* Estado. A desforra do liberalismo, evidentemente ocorrida tardiamente nos países economicamente subdesenvolvidos, e o enfraquecimento da autoridade estatal nos grandes países europeus, com a expansão crescente do utilitarismo anglo-saxão, impuseram ao Estado o respeito à independência dos cidadãos e aos direitos

²⁴ KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo. Martins Fontes, 2000. p. 161-71.

econômicos representados pela propriedade individual e pela liberdade de mercado. No dizer de Carl Schmitt:

Aí se deve sempre observar que estes conceitos liberais se movem de uma maneira típica entre ética ('espiritualidade') e economia ('negócio') e a partir destas margens polares procuram aniquilar a política como uma esfera do 'poder conquistador', para o que o conceito de Estado de 'direito', isto é, de 'direito privado' serve de alavanca e o conceito da propriedade privada constitui o centro do globo, cujos pólos – ética e ciência econômica – são apenas as irradiações opostas deste ponto central. Patos ético e objetividade econômico-materialista se reúnem em toda a manifestação tipicamente liberal e dão uma fisionomia modificada a cada conceito político. Assim, no pensamento liberal, o conceito político de *luta* se transforma, no aspecto econômico em *concorrência*, e no outro aspecto, 'espiritual', em *discussão*; no lugar de uma clara distinção dos dois diferentes status 'guerra' e 'paz', entra a dinâmica de eterna concorrência e de eterna discussão.²⁵

O aprimoramento da doutrina individualista e igualitária estabeleceu bases concretas para o efetivo exercício da soberania popular nos países desenvolvidos com a absorção dos postulados clássicos estabelecidos na Declaração de Virgínia de 1776 e na Declaração Francesa de 1789.

O desenvolvimento da democracia na Europa não atingiu, no entanto, o mesmo estágio de inserção nas instituições sociais quando cotejada com a democracia norte-americana. No velho mundo as instituições, já secularmente arraigadas e controladas pela aristocracia européia, ao mesmo tempo em que compreenderam a inevitável e intransponível ascensão da burguesia com a nova abertura política, procuravam e reivindicavam – com êxito – a manutenção de uma *casta zelosa de seus privilégios*.²⁶

Já na insurgente potência americana, foram estabelecidas instituições concretas reguladas pela soberania popular, por intermédio da propagação do censo eleitoral insculpido nos preceitos constitucionais norte-americanos

Na América, o povo nomeia aquele que faz a lei e aquele que a executa; ele mesmo constitui o júri que pune as infrações à lei. Não apenas as instituições são democráticas em seu princípio, mas também em todos os seus desdobramentos. Assim, o povo nomeia *diretamente* seus representantes e os escolhe em geral *todos os anos*, a fim de mantê-los mais ou menos em sua dependência. É, pois, realmente o povo que dirige e, muito embora a forma do governo seja representativa, é evidente que as opiniões, os preconceitos, os interesses, até as paixões do povo não

²⁵ SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 98.

²⁶ CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; KOUCHNER, Évelyne Pisier. **História das idéias políticas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. p. 109-13.

podem encontrar obstáculos duradouros que os impeçam de produzir-se na direção cotidiana da sociedade.²⁷

Sem os antigos atrelamentos aos interesses da antiga aristocracia, o modelo americano aproxima-se, diferentemente do modelo adotado na Europa continental e na América Latina, da concepção política liberal-socialista de atuação estatal.²⁸

O impacto econômico e social do liberalismo europeu do século XIX, inegavelmente favoreceu a implantação do constitucionalismo baseado na separação dos poderes e na preservação da liberdade do comércio e do contrato, implantando no modo de ser dos homens *o livre exercício da espontaneidade individual*.²⁹

Como antes mencionado, a concepção minimalista do Estado liberal fomentou o progresso econômico nos países que assimilaram a revolução industrial e estruturou o pluralismo político. O consenso racional focado na individualidade, mediante a perspectiva *ex parte populi*, criou mecanismos de garantias políticas individuais ao reconhecer os direitos de primeira geração: como os de liberdade de religião, de pensamento e de opinião, ensejando *a liberdade como não-impedimento*; e os direitos de segunda geração: tais como aqueles que posicionam o indivíduo em seus direitos em relação à coletividade no exercício de seus direitos econômicos, sociais e culturais, buscando a criação da igualdade meritória do ponto de partida.³⁰

O paradigma hegeliano do direito de propriedade como *a primeira encarnação da liberdade*³¹, já que a finalidade do bem comum deve ser satisfeita pelo Estado sob a ótica da preservação e da satisfação dos interesses particulares, sintetizou o arcabouço teórico das políticas liberais baseadas na mínima intervenção pública na economia privada.

²⁷ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Traduzido por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de De la démocratie en Amérique. p. 197.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. p. 50.

²⁹ “O indivíduo é melhor árbitro de seus interesses do que o Estado, não podendo haver mal maior do que permitir que outra pessoa julgue o que convém a cada um. Assim, qualquer erro que alguém cometa, consciente ou inconscientemente, não produz tanto mal quanto a submissão ao Estado.” DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 276.

³⁰ Cf. LAFER, Celso. **Desafios: ética e política**. São Paulo: Siciliano, 1995. p. 37.

³¹ Na sua obra “Filosofia do Direito”, HEGEL, ao afirmar que “a pessoa tem como fim substantivo o direito de pôr sua vontade em toda e qualquer coisa e, por meio disso, torná-la sua”, contesta o ideal metafórico de Platão de proibição à propriedade privada, pois seria uma transgressão ao “direito de personalidade”. HEGEL, Wilhelm Friedrich. *A filosofia do direito* apud MORRIS, Clarence. **Os grandes filósofos do direito**. Traduzido por Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 302-3.

Os efeitos colaterais da supervalorização do indivíduo ao longo da história da sociedade ocidental, como paradigma político-social de atuação estatal, geraram – e evidentemente ainda geram – situações de acentuados privilégios aos indivíduos e às corporações economicamente fortes. Ocorre que, muito embora as variantes teóricas liberais acerca da intensidade e amplitude de intervenção do Estado nas relações privadas, já pulverizadas no Continente americano no século XIX³², a crescente injustiça social decorrente da abstenção do Estado em prol da autodeterminação individualista propiciou a formação de movimentos de reivindicações sociais que questionavam o modelo capitalista *laissez faire*.

A formação do proletariado nos grandes aglomerados urbanos, o desemprego, condições subumanas de trabalho e a péssima divisão de renda com o capital nas mãos de uma burguesia indiferente e preocupada com o rápido aumento de suas riquezas, já nos idos do século XIX e tal como se dá ainda hoje nos países periféricos, redundaram na formação de movimentos antiliberais na Europa.

Os impactos do liberalismo na ordem mundial geraram reações de sindicatos, associações e partidos políticos que propagavam o ideal socialista de maior intervenção do Estado nas questões sociais. No dizer de Dalmo de Abreu Dallari:

Durante a I Guerra Mundial a situação dos operários se agravou no mundo todo. Na Rússia criaram-se as condições para a formação do primeiro Estado socialista, e nos demais Estados a estabilidade social começou a ser buscada através de medidas socializantes. Logo depois da guerra, aprova-se na Alemanha a Constituição de Weimar, dando ênfase à questão operária, o que seria imitado por outras Constituições. E foram ainda as grandes dificuldades enfrentadas pelas massas proletárias que determinaram, na Alemanha, a ascensão do partido nazista, e nos Estados Unidos, tradicionais e intransigentes defensores da livre empresa, a implantação do Estado intervencionista.³³

A concepção de Estado mínimo passou a ser revisto sob a ótica do gerenciamento intervencionista do Estado na vida social. As variantes da ideologia marx-engelsiana e a imposição da utopia da *ditadura do proletariado* dividiram o mundo para definitivamente imporem o monopólio estatal dos meios de produção, radicalizando a oposição, sob um viés autoritário e anticapitalista, ao Estado mínimo. O fim da guerra fria e, por conseguinte, da

³² “*El liberalismo triunfa en Europa occidental; se propaga en Alemania y en Italia, donde el movimiento liberal está ligado estrechamente al movimiento nacional; gana la Europa oriental (lucha de “eslavófilos” y “occidentales”); penetra, bajo su forma europea, en los países de Extremo Oriente, que se abren al comercio occidental; las repúblicas latinoamericanas se otorgan Constituciones liberales, inspiradas en la Constitución de Estados Unidos.*” TOUCHARD, Jean. **Historia de las ideas políticas**. Traduzido por Juan Pradera. México: Rei México, 1994. p. 401. Tradução de Histoire des idées politiques.

³³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 280.

bipolarização do poder político mundial, com o desmantelamento do bloco soviético e a reunificação da Alemanha, cujo marco simbólico foi representando pela queda do Muro de Berlim em 1989, termina por *embaralhar as cartas do jogo geopolítico mundial*, cedendo lugar a uma distribuição unipolar do poder sob o império da potência norte-americana.³⁴

Norberto BOBBIO leciona que a passagem do Estado Liberal para o Estado Social é caracterizada pela transposição de um direito com função predominantemente *protetora-repressiva* para um direito *cada vez mais promocional*.³⁵

A nova concepção da intervenção do Estado no domínio econômico passa a não mais ganhar contornos antitéticos em relação ao Estado Liberal, antes pelo contrário, a preservação do pluralismo e a difusão da justiça igualitária são metas de preservação do Estado Democrático de Direito e, via de conseqüência, formas garantidoras do acesso efetivo às liberdades fundamentais do indivíduo.

Inegavelmente o norte moral do *Welfare State* pressupõe a (re) distribuição das riquezas e do acesso aos benefícios sociais na busca do propagado *bem-estar social*. “*Welfare* deveria ser entendido não como benefícios estatais, mas como maximização do progresso econômico, e portanto riqueza geral, permitindo-se aos mercados operar seus milagres.”³⁶ Nunca perdendo o foco de facilitação da livre circulação das idéias e das riquezas de mercado, bem como do incremento da produção, possibilitando o crescimento econômico indispensável para o investimento em políticas públicas.

A grande questão que já se apresentava no século XX, mas que ganha intensidade nos dias atuais, sobretudo no que tocante ao grande bloco dos países subdesenvolvidos economicamente, é a medida da intensidade da atuação positiva do Estado na área econômica e social. Mas a resolução desta questão não pode ser resolvida pela mera aplicação de fórmulas universais, pois as disparidades econômicas, sociais e culturais dos países impendem o estudo particularizado de cada nação acerca da adequada medida de intervenção positiva do Estado. O certo é que a mera justiça comutativa-retributiva, herança de um direito tradicional, aliás, modelo mantido pelo Direito Penal brasileiro, como se verá adiante, *com base no*

³⁴ Cf. MAGNOLI, Demétrio. **O mundo contemporâneo**: relações internacionais. São Paulo: Moderna, 1996. p. 108.

³⁵ Cf. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 126.

³⁶ GIDDENS, Anthony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 23.

critério da igualdade aritmética não satisfaz os anseios de *L'État Providence*, pois é preciso que se introduza também algum critério de justiça distributiva.³⁷

A democracia como forma de governo é caracterizada pela universalização escalonada das finalidades e dos valores igualitários que norteiam a atuação política. Mas a igualdade buscada não pode ser meramente jurídica, ou seja, introduzida em uma Constituição Federal liberalista, pois já estaria implementada a democracia formal, mas, sim, material, consubstanciada na igualdade social e econômica, finalidades basilares da democracia substancial.³⁸

É evidente que a concepção simplista de justiça social igualitária não resiste a um enfoque setorial. Mesmo nos países em que o fenômeno da escassez de recursos financeiros impedem, numa primeira análise, o fomento aos direitos econômicos e sociais, já que direitos fundamentais como os de liberdade de expressão, de religião e de voto não necessitam, em princípio, de grandes aportes econômicos, o efetivo acesso igualitário aos benefícios sociais e a redução das desigualdades financeiras devem servir como um imperativo moral das autoridades públicas no exercício das suas respectivas parcelas de poder.³⁹

As flagrantes e crescentes desigualdades agravadas pelas sucessivas e intermináveis crises econômicas operadas durante o processo de redemocratização brasileira – e dos demais países latino-americanos – impediram o desenvolvimento equânime da economia e propiciaram as condições ideais para a acumulação de capital e renda em prol das elites. A fenomenologia da democratização do Estado brasileiro ocorreu apenas no plano jurídico-formal e no conteúdo das intenções dialéticas⁴⁰.

A implantação do paradigma dominante calcado na administração das políticas públicas de mera *contenção* da enorme gama de excluídos e de manutenção do *status* social

³⁷ Cf. BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade:** para uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 127.

³⁸ Cf. *Ibid.*, p. 157.

³⁹ “Somos coletivamente responsáveis pela pobreza absoluta, pela fome endêmica, pela mortalidade produzida por doenças evitáveis e pelo bloqueio no desenvolvimento das capacidades dos mais destituídos se há um arranjo institucional (distinto daquele existente) sob o qual esses danos e privações seriam pelo menos muito mitigados, e se nada fazemos para colocar esse arranjo alternativo em prática. Se contribuimos para preservar as instituições que geram essas injustiças, somos coletiva e positivamente responsáveis por elas. Para determinar que espécie de eventos se qualificam de “injustiças”, somos inevitavelmente levados a nos engajar em comparações contrafatuais entre o *status quo* e estruturas institucionais que são alternativas possíveis a ele.” VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos.** São Paulo: Unesp, 2000. p. 226.

⁴⁰ Cf. ALVAREZ, Oscar Hernández. **O Pacto social na América Latina.** São Paulo: LTr, 1995. p. 100-3.

daqueles que monopolizam a riqueza nacional, portanto, impediu a efetiva implantação do Estado de providência e a diminuição das desigualdades sócio-econômicas.⁴¹

A desigualdade social no Brasil, inobstante o notório crescimento da economia e dos índices de desenvolvimento humano, ainda é agravada pela cultura *iberista* e paternalista arraigada em nosso povo, geradora de uma cidadania passiva, de obediência ao Estado, já que este, no melhor modelo hobbesiano, teria *a função harmoniosa de promover o bem comum e administrar a justiça*.⁴²

Na realidade, o país convive nos melhores moldes da neutralidade liberal, na medida em que as instituições públicas ainda percebem a igualdade, na sua essência, como mera paridade de tratamento. No dizer de Norberto Bobbio:

As desigualdades naturais existem e se algumas delas podem ser corrigidas, a maior parte não pode ser eliminada. As desigualdades sociais também existem e se algumas delas podem ser corrigidas e mesmo eliminadas, muitas – sobretudo aquelas pelas quais os próprios indivíduos são responsáveis – podem ser apenas desencorajadas. Embora reconhecendo a dificuldade de distinguir as ações pelas quais um indivíduo pode ser responsabilizado, como sabe qualquer juiz encarregado de decidir se tal ou qual indivíduo deve ser considerado culpado ou inocente, é preciso no entanto admitir que o *status* de uma desigualdade natural ou de uma desigualdade social derivada do nascimento em uma família e não em outra, em uma região do mundo e não em outra, é diferente do *status* de uma desigualdade que depende de capacidades diversas, da diversidade dos fins a serem alcançados, da diferença de empenho empreendido para alcançá-los. E a diversidade do *status* não pode deixar de ter uma influência sobre o tratamento dado a uns e a outros por parte dos poderes públicos.⁴³

Além disso, a globalização neoliberal baseada na transnacionalização de megablocos econômicos em prol das grandes economias mundiais aprofundam, sobremaneira, as possibilidades de realização da função social do Estado brasileiro. As novas regras do capitalismo internacional pautam-se na globalização dos mercados e do giro econômico e, ao mesmo tempo, no fortalecimento das barreiras comerciais protecionistas entre os blocos econômicos, estimulando verdadeiras *guerras comerciais e financeiras* entre as grandes zonas econômicas. O relançamento das economias apóia-se *sobre a transferência de custos da crise*

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 68-82.

⁴² VIEIRA, List. **Cidadania e globalização**. p. 21.

⁴³ BOBBIO, Norberto. **Direita e Esquerda**: razões e significados de uma distinção política. São Paulo: Unesp, 2001. p. 118-9.

para os países de Terceiro Mundo, a partir da manipulação da taxa de juros internacionais dos países endividados e dos preços das *commodities* dos produtos primários e semi-elaborados.⁴⁴

E é a partir desse novo quadro internacional que os operadores sociais, políticos e, sobremaneira, jurídicos, devem redefinir o papel do Direito interno e do Direito internacional voltado para as verdadeiras aspirações sociais. A necessidade de alteração do discurso jurídico frente às novas perspectivas dinâmicas evolucionárias de um mundo globalizado afigura-se fundamental para a formação de um novo e autêntico discurso jurídico pautado, sobretudo, na compreensão de uma matriz constitucional dirigente, com o intuito de remover o distanciamento da potencialidade da ciência de sua realidade.

Daí porque a inclusão do sujeito no processo da reflexão metodológica na busca do sentido se dá a partir da auto-compreensão e da necessidade de *situar-se* para compreender, como já referido alhures, a fim de implementar nas Ciências Sociais uma nova racionalidade atrelada à justiça social e em conformidade com o papel promocional do Direito.

2.2.2 O constitucionalismo mundial: a saída para evitar a justificação racional da dominação no cenário internacional

O impacto do contexto internacional incidente sobre a capacidade da regulação jurídica do Estado-nação erigiu a democracia liberal como regime político universal. A desnacionalização do Estado em prol de uma racionalidade capitalista globalizante desviou o foco de atuação do Estado baseado na prioridade máxima da questão social, sobretudo no que tange aos países não-alinhados, para a busca incessante de metas que representem conceitos contábeis como os de “estabilização econômica”, “flexibilização econômica”, “viabilidade econômica”, “investimento de risco econômico”, “flexibilização do mercado e da economia” e tantos outros que revelam o desvirtuamento das funções prioritárias do Estado, sob o manto inautêntico de justificação pautado na falsa noção de que o problema social dos países periféricos é exclusivo e unicamente econômico.

⁴⁴ Já na década de oitenta, as tabelas apresentadas pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL) indicavam o aumento crescente do Produto Nacional Bruto e a diminuição das taxas de inflação dos EUA, Japão, Alemanha, França, Grã-Bretanha, Itália e Canadá, ao passo que, no mesmo período, aumentava significativamente as dívidas externas de países como Brasil, México e Argentina. Dessa forma, *os países subdesenvolvidos transformavam-se em fontes de capitais para a recuperação dos países desenvolvidos*, com o apoio decisivo do Fundo Monetário Internacional, que sempre impôs aos países *não-alinhados* políticas de estratégias recessivas destinadas ao pagamento de juros e taxas das dívidas. Cf. MAGNOLI, Demétrio. **O mundo contemporâneo: relações internacionais**. São Paulo: Moderna, 1996. p. 151-4.

Daí porque as conseqüências de uma linguagem baseada no discurso da economia termina por conduzir a forma de aplicação do Direito como atividade de mera manutenção, já que, enquanto não resolvida a questão econômica, os operadores jurídicos estariam de mãos atadas para a qualquer atitude transformadora, automatizando a interpretação e a aplicação do Direito por intermédio de fórmulas pré-fixadas de compreensão da fenomenologia de aplicação meramente metodológica e silogística da lei.

Diante deste contexto globalizante, o crescimento da incredulidade no alcance das condições necessárias à consecução das finalidades sociais, estabelecidas singularmente para cada país, termina por fomentar o sentimento de descrença coletiva do *homo economicus*⁴⁵ em quaisquer modificações qualitativas ou quantitativas das condições da vida social.

Na medida em que cresce a complexidade e a dificuldade da busca da realização do Estado de Direito nos países periféricos, apoiada na condução política das transformações sociais de um novo modelo de inserção do indivíduo no corpo social e, no plano externo, da inserção da própria nação no contexto mundial das políticas transnacionais – buscando a participação do Estado nos processos decisórios das grandes organizações internacionais –, tanto mais o Estado absoluto cresce externamente, na medida em que a noção clássica do Estado, como sistema jurídico fechado e auto-regulador, em um contexto de suposta *integração mundial* revela que o *monopólio exclusivo da força por ele alcançado é afirmado no que diz respeito não apenas ao seu interior, onde é subordinado ao direito, mas também ao seu exterior, onde se resolve numa livre concorrência entre monopólios igualmente exclusivos, e, enfim, no domínio do mais forte.*⁴⁶ No dizer de Boaventura de Souza Santos:

O princípio da soberania exclusiva, tal como foi desenvolvido pelo paradigma dominante, torna na prática possível que os Estados mais fortes, invocando interesses nacionais, nomeadamente de segurança nacional, possa exercer as suas prerrogativas de soberania à custa da soberania dos Estados mais fracos. Efectivamente, a soberania dos Estados periféricos e semiperiféricos tem sido tradicionalmente muito permeável às pretensões dos Estados hegemónicos. O que é necessário é assumir a permeabilidade como um processo recíproco e democrático por via do qual os Estados negociam a perda da sua soberania a favor de organizações internacionais e de organizações não

⁴⁵ Segundo preceitua Boaventura de Souza Santos, o paradigma antigo baseado na racionalidade mecanicista, utilitarista e instrumental, agravado pela expansão da sociedade de consumo, obnubilou qualquer capacidade de revolta e de surpresa, como condições de transformação pessoal e coletiva da realidade que nos cerca. Por isso, a necessidade de afirmação do paradigma epistemológico calcado na construção de uma nova subjetividade, em um mundo complexo e permeável, a partir do contexto em que se encontram inseridos os *conhecimentos locais*, como forma de substituição do *modelo arquétipo de homo economicus*. SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1999. p. 328-35.

⁴⁶ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

governamentais transnacionais mais bem equipadas que o Estado para realizar as tarefas eco-socialistas transnacionais.⁴⁷

Efetivamente, a imposição global do consenso hegemônico na implantação da democracia liberal que rege as relações entre os Estados é um programa em franco desenvolvimento, como *modelo monolítico a ser aplicado em sociedades e realidades muito distintas*.⁴⁸

A aplicação da teoria plena do bem proposta por John Rawls, baseada no princípio da diferença, em um contexto internacional de dominação econômica, efetivamente esbarra na impossibilidade de um acordo “social” em torno dos princípios da justiça, ou seja, na opção de escolha da preferência racional dos bens primários como valores sociais prioritários na hierarquia dos projetos.⁴⁹

Mas a afirmação da unidade da sociedade humana, cuja finalidade é voltada para a aclamada noção clássica de *bem comum*, projetada na formação de uma comunidade jurídica universal, é inseparável de uma política de solidariedade internacional de ajuda econômica aos países emergentes, a fim de que cada grupo social tenha condições para a consecução de um efetivo Estado Social no seu respectivo espaço territorial. Mas, forçoso reconhecer, inexistem políticas públicas internacionais baseadas no paradigma norteador de redução das desigualdades sócio-econômicas, pois a *guerra silenciosa*⁵⁰ patrocinada pelo neoliberalismo reduz os Estados não desenvolvidos a agentes neocoloniais de satisfação dos interesses capitalistas dos “grandes” Estados.

Daí porque o paradigma atual está alicerçado na concepção metafísica de uma *universalização de interesses*, muitas vezes diametralmente contrapostos quando cotejados

⁴⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1999. p. 340-1.

⁴⁸ SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2002. p. 42.

⁴⁹ Cf. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 437-501.

⁵⁰ “[...] as relações de poder nas sociedades atuais têm essencialmente por base uma relação de força estabelecida, em um momento historicamente determinável, na guerra e pela guerra. E se é verdade que o poder político acaba a guerra, tenta impor a paz na sociedade civil, não é para suspender os efeitos da guerra ou neutralizar os desequilíbrios que se manifestaram na batalha final, mas para reinscrever perpetuamente estas relações de força, através de uma espécie de guerra silenciosa, nas instituições e nas desigualdades econômicas, na linguagem e até no corpo dos indivíduos. A política é a sanção e a reprodução do desequilíbrio das forças manifestadas na guerra. Em segundo lugar, quer dizer que, no interior desta “paz civil”, as lutas políticas, os confrontos a respeito do poder, com o poder e pelo o poder, as modificações das relações de força em um sistema político, tudo isto deve ser interpretado apenas como continuação da guerra, como episódios, fragmentações, deslocamentos da própria guerra. Sempre escreve a história da guerra, mesmo quando se escreve a história da paz e de suas instituições. FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Traduzido e organizado por Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2001. p. 176.

Estados com realidades sociais completamente distintas. Além disso, o paradoxo substancial de expressões que procuram significar *interesses universais*, quando utilizados internacionalmente em uma comunhão de Estados desiguais, amiúde, esbarra na prioridade de determinados interesses – que somente os Estados individualmente podem estabelecer a partir de suas realidades locais – em detrimento a outros que rotineiramente também são reconhecidamente denominados de *valores universais*, mas que, na realidade, representam políticas de imposição econômica neoliberal e consideradas *racionais* somente quando utilizado o critério da finalidade voltada para a dominação econômica. No dizer de Pierre Bourdieu:

Uma das dificuldades da luta política atualmente é que os dominantes, tecnocratas ou epistemocratas, de direita e de esquerda, são partidários da razão e do universal: caminhamos em direção a universos nos quais, cada vez mais, serão necessárias justificativas técnicas, racionais, para dominar, e nos quais os próprios dominados poderão e deverão, cada vez mais, utilizar-se da razão para defender-se contra a dominação, já que os dominantes, cada vez mais, invocarão a razão e a ciência para exercer sua dominação. O que faz com que os progressos da razão venham a acompanhar, sem dúvida, o desenvolvimento de formas altamente racionalizadas de dominação (como vemos, desde já, na utilização de uma técnica como a pesquisa de opinião), e com que a , só ela capaz de desvendar esses mecanismos, deva, cada vez mais, escolher entre colocar seus instrumentos racionais de conhecimento a serviço de uma dominação cada vez mais racional, ou analisar racionalmente a dominação, principalmente a contribuição que o conhecimento racional pode dar à dominação.⁵¹

Com efeito, o paradigma representado pela submissão ao universal termina por constituir o forte instrumento dos dominantes para, em nome de uma racionalidade aparentemente universal, aceder e manter a dominação. E é justamente neste contexto que a busca de uma racionalidade autêntica do Direito, consubstanciada na formação de um Estado compromissário e efetivamente social, deve partir do pressuposto da correta inserção da ordem interna em um sistema globalizador, sob uma perspectiva antideterminista, instituído sob o signo aparente da identificação universal das necessidades humanas.

A percepção das diferenças das realidades e das autonomias dos universos locais permite a compreensão cotidiana acerca da necessidade de mudança de um *habitus* vinculado ao *establishment*. A instalação do Estado da social providência não se coaduna com o exercício da cidadania liberal-individualista de cunho fragmentário e mantenedor das desigualdades. A emancipação dos Estados periféricos implica, a partir de critérios de diferenciação para a tomada de decisões internacionais, a real compreensão de um novo senso político de atuação e aplicação do Direito transnacional, sob a ótica da solidariedade social.

⁵¹ BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas**: sobre a teoria da ação. Campinas: Papyrus, 1996. p. 156.

A aclamada evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos como um ramo autônomo da ciência jurídica contemporânea, dotado de uma lógica própria, em face de uma multiplicidade de instrumentos nacionais e internacionais de proteção⁵², tomando como base a Declaração Universal de 1948, impende, realmente, um monitoramento contínuo da situação do indivíduo como sujeito de direitos no plano mundial, sem perder de vista o agravamento das disparidades sócio-econômicas entre os países, bem como entre as camadas sociais no plano interno dos Estados.

Mas essa proteção universal, de inegável fortalecimento formal e de impraticável tutela jurídica no plano internacional, não pode ser concebido sob um mero e simplificado paradigma crítico fundado na impossibilidade de escolha dos Estados em priorizar os direitos que, no plano das peculiaridades internas, seriam merecedores de uma tutela primária, sob o fundamento de uma tentativa de fragmentação ou atomização dos direitos humanos.⁵³

Essa constante perda do controle político sobre o território nacional, sob a justificação de um *plano estratégico mundial* representativo dos interesses dos Estados hegemônicos, implica no agravamento da vulnerabilidade dos Estados periféricos, que se vêem pressionados a realizarem ajustes estruturais de adaptação às políticas econômicas estruturais, de modo que *a globalização dos problemas não torna os seus causadores mais visíveis ou mais facilmente identificáveis. De algum modo, a globalização dos problemas globaliza o inimigo e se o inimigo está em toda a parte, não está em parte alguma.*⁵⁴

Essa generalização de direitos fundamentais proclamada pelo Direito Internacional, sob a ótica dos países terceiro-mundistas ou em desenvolvimento, praticamente é limitada a

⁵² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1997. v. 1, p. 17-57.

⁵³ A problemática de um consenso universal sob a égide de uma incondicional proteção dos direitos humanos, no plano epistemológico, é fortemente representada pelo dilema da perda de foco dos problemas sociais nacionais, na medida em que se perde a identificação das metas institucionais de um Estado, em razão da generalização das prioridades a serem enfrentadas no plano político e, via de consequência, no plano da confecção e da aplicação do Direito. Daí porque não se pode agasalhar integralmente o pensamento de Antônio Trindade, que busca erigir atualmente o Direito Internacional dos Direitos Humanos a uma ciência autônoma, cuja instrumentalização no plano do Direito Internacional é prejudicada, na maioria das vezes, pelo voluntarismo dos Estados individualmente considerados: *Quantos governos, em diferentes partes do mundo, insistem em “escolher” os direitos a dar “prioridade” e promover, postergando a realização dos demais a um futuro indefinido! Tais posturas falam por si próprias, revelando as incongruências de visões atomizadas ou fragmentadas dos direitos humanos. A integridade do ser humano corresponde em definitivo a integralidade de seus direitos.* Essa noção paradigmática de imposição de um sistema jurídico internacionalista, mesmo que inserido em um contexto de violações de direitos civis e políticos de países empobrecidos e endividados, na realidade, reveste-se de mera nominalização, pois destituída, no plano internacional, de efetivas políticas econômicas e sociais de solidariedade humanitária. *Ibid.*, p. 391.

⁵⁴ Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1999. p. 321.

uma *vaga reivindicação moralizante*⁵⁵, agravada pela indeterminação substancial dos direitos de terceira geração – igualmente difundida pela multiplicação de comandos internacionais humanitários – que, via de regra, são cumpridos e garantidos somente pelos países fortalecidos economicamente, em meio a um contexto de imposição global das economias de mercado. Corre-se o sério risco, dessa forma, dos esvaziamento nos países periféricos dos direitos de primeira e segunda geração, como se houvesse uma espécie de sucessão de direitos, veladamente excludentes, porquanto esses *novos direitos* de terceira, ou até mesmo de quarta geração, substituiriam os antigos direitos ainda não satisfatoriamente implementados nos países empobrecidos.

A efetivação da dimensão normativa do Direito Internacional universalista encontra sérios obstáculos tanto no plano factual, em razão da imposição política das potências desenvolvidas, como no plano jurídico, já que condicionada a incidência normativas das regras internacionais à soberania dos Estados, pois o princípio da igualdade da soberania prevista no artigo 2º, inciso 1º, da Carta das Nações Unidas é garantido pela proibição da ingerência da Organização das Nações Unidas nas questões internas de qualquer Estado, consoante inciso 7º do artigo 2º da Carta da ONU. Daí porque a contundente crítica formulada por Luigi Ferrajoli ao declarar que a ciência jurídica internacionalista praticamente padece de um *complexo de inferioridade científica e jurídica, que a leva a desvalorizar a nova dimensão normativa do direito internacional e a achatá-la sob a efetividade das relações de força entre os Estados*.⁵⁶

A noção de soberania encontra nos dias atuais o ápice de sua crise: no plano interno, o enfraquecimento da regulação jurídica tradicional pelos Estados, na medida em que a intensificação generalizada das práticas transnacionais decorrentes da globalização capitalista atrelam a produção jurídica e as políticas públicas aos novos comandos mundiais impostos

⁵⁵ “Logo, o facto de lhes conceder imediatamente o estatuto claro de direitos do homem pode produzir o efeito habitual de “banalização por inversão”: em vez de os <<novos>> direitos alargarem o campo dos antigos, ou seja de os reforçarem, é a precariedade do seu estatuto que pode prevalecer sobre os direitos das gerações precedentes; criar-se-á pouco a pouco a habituação a que os direitos do homem em geral não passam de uma vaga reivindicação moralizante. Ora, um tal processo, já está, sob muitos aspectos, em marcha: à força de fazer valer prevalecer (o que acontece demasiadas vezes) os novos direitos sobre os antigos (em especial os de primeira geração e, essencialmente, a segurança, base de todo o edifício), corre-se o risco de dar a primazia a vagos direitos dos povos, ou da humanidade, ou das gerações futuras, *sobre a proteção precisa, aqui e agora, do indivíduo...*”. HAARSCHER, Guy. **Filosofia dos direitos do homem**. Lisboa: Piaget, 1993. p. 53.

⁵⁶ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42.

pelos organismos financeiros internacionais; e, no plano externo, a soberania passa a ser a própria negação do Direito Internacional.⁵⁷

Muito embora no Estado de Direito, efetivamente, inexista qualquer soberano – na sua acepção clássica –, já que o Estado, de acordo com a matriz kelseneana, só é soberano enquanto ordem jurídica, a realidade é que o Estado e o Direito formam um complexo normativo ideal no interior de seus limites territoriais⁵⁸, partindo do pressuposto que “soberana” somente será a Constituição promulgada em um Estado de Direito e representada como um *sistema de limites e de vínculos jurídicos por ela impostos aos poderes públicos já não mais soberanos*.⁵⁹

Como bem adverte José Luis Bolzan de Moraes, é a partir do redirecionamento do debate constitucional, desatrelado dos Estados nacionais, para um *supraconstitucionalismo* calcado em bases internacionais e comunitárias, nesse paulatino processo de mundialização, menos político do que propriamente mercadológico, que se permite a formação de um novo e incógnito *constitucionalismo planetário*.⁶⁰

Daí porque Luigi Ferrajoli⁶¹ declara que a crise irreversível do Estado nacional unitário e independente, inserida dentro de um contexto de concreta desigualdade entre os Estados, fruto da política da prevalência do mais forte e, portanto, pela existência de soberanias limitadas e economicamente dependentes, conduz à necessidade de se repensar o

⁵⁷ Celso A. Mello observa que a Constituição Federal brasileira consagra uma das antinomias da ordem internacional envolvendo os conceitos de soberania e de cooperação internacional, pois *a tendência atual é a da soberania existir como um conceito meramente formal, isto é, estado soberano é aquele que se encontra direta e imediatamente subordinado ao DIP. O seu conteúdo é cada vez menor, tendo em vista a internacionalização da vida econômica, social e cultural. As organizações internacionais têm proliferado nos mais diferentes domínios. Os que visam a integração econômica são aqueles em que a noção de soberania sofre uma restrição mais profunda*. MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional**: uma introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 131.

⁵⁸ SOLON, Ari Marcelo. **Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão**. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 53-70.

⁵⁹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 44.

⁶⁰ “O ritmo de tal transformação, assim como o seu conteúdo dependerão, parece-nos, em muito da capacidade interventiva dos movimentos sociais e do poder de fogo da economia pública regionalizada em contraposição às estratégias e pretensões autonomizantes do capital transnacionalizado e de tendência monopolística... É, a regionalização/comunitarização, um novo “mercado” constitucional que se abre, cujas perspectivas ainda se colocam de maneira interrogante, podendo, eventualmente, abrir caminho para um constitucionalismo planetário – o que é uma incógnita e coloca superlativamente a questão democrática.” Cf. MORAIS, José Luis Bolzan de. Revisitando o Estado! da crise conceitual à crise institucional (constitucional). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: mestrado e doutorado/2000 da Unisinos**, São Leopoldo, p. 95, 2000.

⁶¹ FERRAJOLI, op. cit.

Estado em suas relações externas à luz do Direito Internacional, tal como se concebe o ente estatal à luz do Direito Constitucional em sua dimensão interna.

Assim, “levar a sério o direito internacional” é assumir os seus princípios como vinculadores e seus projetos normativos como estratégias políticas de atuação, a fim de efetivar as promessas não cumpridas do Direito Internacional, tomando por vértice normativo o pacto constituinte internacional representado pela Carta das Nações Unidas, insculpida pelas bases principiológicas da paz, da igualdade e dos direitos humanos universais dos homens e dos povos.⁶²

A verdade é que o Direito moderno, sobretudo o de caráter internacional, não se coaduna com as bases axiológicas do jusnaturalismo, justamente pelo seu caráter “artificial” moldado pelas relações de força entre os Estados.

E nessa conjuntura internacional de esvaziamento do papel da ONU nas recentes crises internacionais propiciadas pela iniciativa dos Estados dominantes na implantação da política do poder, que cresce a importância da filosofia política e da cultura jurídica para a implementação de um constitucionalismo mundial – fonte geradora da penetração de uma racionalidade substancial nas relações entre os Estados –, a fim de que as cartas internacionais de proteção dos direitos fundamentais não sejam consideradas meras *declarações retóricas*, possibilitando o deslocamento para o plano internacional do constitucionalismo tradicionalmente ligado ao Direito interno dos Estados. No dizer de Ferrajoli:

É este, portanto, o constitucionalismo mundial que hoje se impõe aos juristas como horizonte axiológico do seu trabalho. Isso significa, para a doutrina internacionalista, livrar-se daquela falácia realista do achatamento do direito sobre o fato que ainda hoje continua a pesar sobre ela sob a forma de ‘princípio de efetividade’, e assumir como tarefa científica, além de política, a crítica jurídica dos perfis de invalidade e de caráter incompleto do direito vigente e o planejamento das garantias do direito futuro. Acrescentamos que essa tarefa é hoje muito mais urgente e ineludível, porquanto a verdadeira alternativa que temos à frente não é entre realismo e utopia normativista, mas sim entre realismo a curto prazo e realismo a longo prazo. De fato, se uma universalização efetiva dos direitos fundamentais – tal como a que proviria, por exemplo, da abertura de nossas fronteiras – pode hoje parecer irrealista, ainda mais ilusória e irrealista é a idéia de que a violação daqueles direitos em quatro quintos do planeta possa coexistir por muito tempo com a utopia conservadora do fechamento da ‘fortaleza Europa’, sem que se coloque em risco

⁶² Cf. FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 46-52.

(como adverte o preâmbulo da própria Declaração Universal de 1948) a paz e a nossa própria segurança.⁶³

E justamente nesta era de transformação dos direitos e de pulverização dos centros de poder que surge um novo horizonte moral baseado na conscientização dos valores transnacionais da cidadania e dos direitos humanos, como planejamento das garantias dos futuros direitos da humanidade.

Mas o reconhecimento da falta de efetividade do Direito Internacional é curial para a aceitação da crise da integração mundial e, via de conseqüência, das instituições sociais e políticas no âmbito interno. A festejada instalação do Tribunal Penal Internacional, justamente criado para erradicar a impunidade dos violadores dos direitos humanos, enquanto direitos e valores reconhecidamente universais, representa o melhor dos exemplos da mais absoluta escassez de autonomia das organizações internacionais, da seletividade do Direito Penal Internacional e da manutenção das desigualdades entre os Estados.

Daí porque diante deste complexo quadro social internacional caracterizado pela fragmentarização da soberania e pela crescente perda de foco das problemáticas locais, que a formação da irracionalidade global da pós-modernidade deve ser superada pelo aparecer das singularidades locais nos países periféricos que sofrem os conseqüências de uma globalização econômica liberal-individualista, pautada pela vulnerabilidade externa e pela agravamento da exclusão social.

No dizer de Boaventura de Souza Santos *as mini-racionalidades não são racionalidades mínimas*⁶⁴, mas, sim, verdadeiros focos de resistência contra a cultura da fragmentação e da perda de identidade social do indivíduo para com sua comunidade. Portanto, a tarefa de reconstrução da sociedade periférica brasileira, a partir de suas singularidades, é fundamental para a retomada da “questão social” e para a resolução dessa “questão não-esclarecida” do verdadeiro papel do Direito brasileiro e de seus operadores para a implantação de uma sociedade democraticamente justa e solidária.

O fenômeno jurídico é um fenômeno social e, por isso, constitui-se em uma seleção de comportamentos regulados pela lei e pela jurisprudência que se modificam, renovando-se

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 61-2.

⁶⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1999. p. 110.

na medida em que alterados os comportamentos de uma determinada sociedade. Por isso, a do Direito busca descrever e explicar o fenômeno jurídico como parte da vida social, voltada para a investigação da realidade social como forma de aprimorar a produção jurídica, no entanto, forçoso reconhecer que este ramo das Ciências Sociais permanece pouco explorado no Brasil e parcamente utilizado pelos operadores do Direito.

Como já mencionado na introdução da presente investigação, o distanciamento e a carência de sentido da aplicação das normas de comportamento representadas pelas leis promulgadas pelo Estado para os diferentes campos da realidade social têm sido um dos pontos mais problemáticos da crise jurídica e social da sociedade brasileira.

Além disso, o universalismo globalizante que impede a manutenção das peculiaridades sociais fomenta a atuação da dogmática jurídica no cenário brasileiro que procura manter o *status quo* das relações desiguais no âmbito interno, por intermédio do gerenciamento inautêntico das normas jurídicas. Ao mesmo tempo, é fortemente caracterizada, sob a ótica externa, pela crença em um determinismo social calcado na voluntária submissão às leis consideradas inexoráveis e na descrença em mudanças quantitativas e qualitativas da vida das pessoas.

Muitas vezes, a forma como a globalização é internalizada, sem discussões acerca das finalidades e conseqüências dessa transição no plano social e jurídico, apenas reforça o paradigma da imposição de uma “racionalidade globalizante”. A concepção do Estado de Direito não pode renegar a Constituição Federal a uma condição de legislação periférica, destituída de seu real significado dirigente e compromissário, em prol de uma normatização internacionalista que percebe a soberania como um “entrave” aos comandos normativos universalizantes.

Ocorre que os anseios dos Estados empobrecidos que compõem o mundo globalizado, diante das dificuldades para a implantação de políticas efetivamente sociais e emancipatórias, conduzem à idealização mítica de bem comum, de satisfação generalizada e de unidade cultural. Evidentemente que este complexo quadro de relações internacionais sequer poderá apoiar-se na equidade quando grande parte da população mundial vive abaixo da linha de pobreza.

Nessa conjuntura, a internacionalização do processo de exclusão social desencadeado pelas políticas globais dominantes de desenvolvimento é produto do processo de liberalidade

econômica da produtividade máxima, constituindo um terreno fértil para a desestabilização política internacional e o principal óbice para a implementação de uma universalização de práticas racionalmente emancipatórias, num mundo em que quase um quarto da população humana vive na mais absoluta miséria.

Por isso, a ação internacional, impulsionada pela atuação de organismos não-estatais e de movimentos sociais de solidariedade, no seio dos países alinhados, tem auxiliado a publicidade e a visibilidade das ações violadoras de direitos humanos, acarretando, inexoravelmente certo constrangimento político e moral às práticas governamentais. No entanto, é bastante corrente a idéia de que a globalização, ainda um jogo sem regras claramente definidas, é a oportunidade que somente os países historicamente ricos auferem as maiores vantagens e padecem os menores sacrifícios sócio-econômicos.

Diante desse quadro, na medida em que determinadas economias não criam bens e serviços públicos em escalas apropriadas, hábeis a sustentar o funcionamento adequado dos sistemas políticos, desmotiva-se o exercício e o aprimoramento cívico da cidadania. Entre as causas principais dessa atual conjuntura situa-se o paradoxo dicotômico da governabilidade interna e externa, ou seja, a própria governabilidade do sistema jurídico internacionalizado em inúmeros setores da cultura à economia.

O excesso de poder ou de impotência, bem como os crescentes conflitos étnicos, religiosos, nacionais e os riscos de guerras comerciais entre blocos econômicos, tendencialmente protecionistas, dificultam a construção de uma consciência coletiva valorizadora do respeito aos Direitos humanos.

A regulação jurídica tradicional pela legislação interna vem sofrendo um contínuo enfraquecimento pela intensificação generalizada das práticas transnacionais no plano externo. Por isso, percebe-se que a acepção clássica de que o Estado soberano é a fonte central da produção do Direito não mais representa a realidade contemporânea, pois o Direito Internacional vem adquirindo novas formas de atuação, partindo do campo das intenções e declarações para a prática da concreção de novos comandos mundiais.

Este processo está visível, sobremaneira, na criação de Cortes Internacionais, fontes geradoras de decisões vinculativas no âmbito dos ordenamentos domésticos. O processo de fragmentação da soberania em prol de uma racionalidade da organização social acarreta profundos abalos na regulação constitucional dos direitos.

Os conseqüências da globalização econômica capitalista, representativa dos interesses das nações mais abastadas, definitivamente impedem o desenvolvimento da política efetiva do *Welfare State*. Nesta medida reduzem significativamente o poder do Estado em programar e implementar as políticas públicas necessárias à redução das desigualdades sociais.

Uma perspectiva crítica a atual conjuntura globalizante conduz à inevitável conclusão que uns Estados são mais soberanos que outros, já que as instituições de fomento internacionais mantidas pelos blocos econômicos terminam por ditar as novas regras do jogo pela imposição de uma administração estratégica de gerenciamento interno da política.

Os países devedores, ou então, as nações não-alinhadas neste jogo político internacional, terminam por conviver sob o manto coercitivo das sanções de natureza comercial, da perda da autonomia política para a implantação de políticas públicas fundamentais, ou mesmo de invasões bélicas em prol da implantação da democracia.

A crise paradigmática da falta de consenso das nações, que ainda não proveram o Estado gerenciador de políticas sociais, para a condução dos conflitos de governabilidade, conduz à necessidade de reconsideração do papel do Direito interno na pacificação dos conflitos. A regulação das sociedades contemporâneas, especialmente nos países estigmatizados pela injustiça social, possui a Constituição Federal como escudo, no plano normativo, contra os efeitos excludentes da globalização.

A política liberal que historicamente estabeleceu as suas bases epistemológicas sob a noção de que o Estado é o oposto da sociedade civil, aproximou, sobremaneira, os conceitos de Estado fraco e Estado mínimo. No entanto, essa noção terminou sendo gradualmente abandonada, à medida que o avanço do capitalismo passou a exigir maiores mecanismos de intervenção do Estado.

Daí porque faz-se mister a redefinição da papel do Estado, sobremaneira, diante das realidades peculiares apresentadas nos limites de seu território e da participação democrática. A transmutação da concepção do Estado como oposto da sociedade civil foi substituída pela idéia do Estado como reflexo da sociedade civil capitalista.

Nesse sentido, a relevância científica da pesquisa reside principalmente na necessidade premente de situar corretamente os países *em desenvolvimento* como o Brasil. Estes se

encontram em processo de estagnação e acirramento das desigualdades internas agravadas pela crise econômica mundial, muito embora em níveis diversos de graduação.

Por intermédio da aplicação e confecção das normas jurídicas, na perspectiva de instrumentos de reprodução e manutenção do *status quo*, impede-se a formação de uma matriz teórica que conceba a Constituição Federal enquanto ordenamento jurídico-político dirigente, compromissário e vinculador. De maneira correlata obstrui-se a compreensão da ciência jurídica como instrumento indispensável de transformação social.

Considerando a conceituação de racionalidade como a capacidade de conceber propriedades e prioridades, estabelecendo relações de causa e efeito num determinado campo científico para a defesa de uma determinada finalidade ou ponto de vista, a racionalidade de um comando, portanto, passa a ser aferida sob o ponto de vista dos fins a que se destina a ordem, de modo que, no plano político mundial, “as razões” ou “a racionalidade”, muitas vezes, não correspondem aos interesses locais.

Neste aspecto, a relevância social da pesquisa parte da compreensão de que a racionalidade do Estado brasileiro é caracterizada pela forma capitalista e burocrática de dominação econômica. O Estado racional, dessa forma, compreende uma relação de dominação entre os homens, cuja subsistência é apoiada em normas jurídicas justificadoras da coação legítima, a fim de que os dominados sejam submetidos às ordens invocadas pelos setores dominantes.

A necessidade de manutenção de um estado burocrático sustentado na base por um Direito racionalmente estatuído e de regulamentos racionalmente concebidos encontra-se diretamente relacionada à estruturação da ordem capitalista, tanto no plano interno quanto no plano internacional.

A racionalidade moderna, portanto, aperfeiçoou-se para criar uma *irracionalidade global* que paira sobre as mini-racionalidades múltiplas e fragmentadas, representativas da resistência às desigualdades intensificadas na pós-modernidade. Daí porque o aparecer das racionalidades locais é o norte primordial para a orientação teórica de atuação política interna. Porquanto, as mini-racionalidades pós-modernas, conscientes dessa irracionalidade global sem regras definidas estão conscientes que só a podem combater localmente, pois, efetivamente quanto mais global for o problema, mais localizadas devem ser as soluções.

A concepção individualista da sociedade conquistou muito espaço, porém, ao contrário, o Direito é instrumento indispensável para a derrubada das barreiras sociais e a ampliação definitiva da cidadania. O que não será possível neste país sem a redefinição, sobremaneira, do papel do Poder Judiciário para superação da crise de um Direito meramente mantenedor e reproduzidor das desigualdades sociais.

Nesse ínterim, a implementação de um Estado fortalecido e engajado com um novo modelo de organização social impele a aplicação de um Direito autêntico, desvencilhado de um *consenso racional* de justificação. Esta é a condição de superação, num contexto de globalização, de interesses e de realidades nacionais completamente díspares.

A concepção weberiana da (ir) racionalidade como condução natural da imposição do poder é uma realidade monstruosa que impede a transformação do quadro de injustiça social apesar da amplitude extraordinária e colossal do judiciário. No entanto, a superação da crise do Direito brasileiro, por sua condição histórica, passa pelo conhecimento das formas de condução e instrumentalização do Direito material. No âmbito interno o arcabouço legislativo infraconstitucional e o enfoque dado na aplicação normativa são representativos da racionalidade dogmática e, portanto, mantenedores do *status quo*. Os princípios da escolha social são os princípios da justiça como equidade e, sob o enfoque contratualista, a única forma de retomada do consenso original.

Diante dessa perspectiva, percebe-se que o jusnaturalismo moderno afastou-se da prudência do razoável ao tentar transformar o Direito numa ciência lógica-demonstrativa e automatizante, amplamente difundido na instrumentalização das normas jurídicas de direito material no âmbito interno brasileiro.

No entanto, a multiplicidade das situações inseridas em um sistema complexo de relações internas e externas demanda análise crítica da crise do Direito. A perspectiva hermenêutica e sociológica apresenta-se como condição de rompimento do paradigma para afastar a propagação de métodos unívocos visando lidar com as multiplicidades, evitando o descompasso entre a norma prevista e aplicada com a realidade nacional e mundial, bem como o déficit democrático que atinge o sistema judicial brasileiro.

As raízes da visão universalizante dos institutos jurídicos remontam à tradição histórica de atrelamento do Direito ao pensamento dogmático. É inevitável a ligação deste contexto ao paradigma racionalista, delineado pelo avanço das ciências ao longo da história

da humanidade, que avançou no campo das ciências humanas e, sobretudo, nas ciências jurídicas.

O paradigma do Direito natural, como o Direito da razão, caracterizou o Estado Moderno e fomentou as revoluções burguesas de cunho liberal-individualista, impulsionando o desenvolvimento econômico e o pluralismo político. Os dogmas da auto-regulamentação da economia não foram devidamente ajustados às novas necessidades de um mundo globalizado.

A intensificação generalizada das práticas transnacionais, sob a perspectiva dos Estados periféricos, acentuou a vulnerabilidade externa, em razão da crescente desnacionalização dos centros de regulamentação jurídica, inserida dentro de um contexto de concretas desigualdades econômicas e sociais entre os Estados. Dessa forma pode-se repensar o Estado, em suas relações externas à luz do Direito Internacional, tal como se concebe a atuação do ente estatal sob a ótica do Direito Constitucional em sua dimensão interna, a fim de que as metas emancipatórias do Estado da providência social sejam efetivamente implementadas em países como o Brasil.

Em razão disso, as denominadas metas emancipatórias delimitadas constitucionalmente em abstrato, mas concretizadas por intermédio de agendas estratégicas estabelecidas num determinado espaço político, dependem, para sua implementação institucional, a adequada compreensão do passado histórico do continente latino-americano e de seu recente e intermitente aprendizado democrático na assunção das suas práticas sociais cotidianas.

3 O DESCUMPRIMENTO DAS METAS EMANCIPATÓRIAS E O APRENDIZADO DEMOCRÁTICO NO BRASIL

O descumprimento das metas emancipatórias, em meio ao aprendizado democrático no Brasil, encontra-se vinculado com a colonialidade do poder e o passado histórico na América Latina, o qual terminou pautando o discurso da modernidade em meio a um cenário de exploração social de herança colonial em meio ao mundo globalizado. Em razão da análise deste tópico, parte-se para a análise dos rumos estratégicos para a modernização e a democracia na América Latina, bem como do surgimento dos novos atores sociais e da cultura cívica no aprendizado democrático latino-americano.

A continuidade ou a sobrevivência do próprio processo de produção da identidade latino-americana, aqui entendida como identidade social caracterizada pelo sentimento de unidade de valores, anseios e desejos sociais de um indivíduo para com um determinado grupo social, em virtude da sua origem ou mesmo da sua opção pessoal, merecem a elaboração de uma agenda estratégica para o alcance da modernidade na América Latina em atendimento às suas peculiaridades históricas, pois, a rigor, os processos de independência pouco significaram como alternativa política para a expansão dos direitos civis e políticos, bem como para redução da visão vertical do poder de Estado.

3.1 A colonialidade do poder e o passado histórico na América Latina

A formação histórico-estrutural da América Latina num contexto de globalização do capitalismo estabeleceu relações sociais apoiadas na eurocentralidade do poder exercido sobre os países colonizados, ou seja, na maneira hegemônica da produção, da cultura e do controle do conhecimento. Este pano de fundo secular e ao mesmo tempo atual na formação da identidade da América Latina apresenta-se como um cenário propício para a continuidade da dependência econômica, cultural, tecnológica e militar dos países centrais. A colonialidade permeia a formação da modernidade e da identidade latino-americanas. Por isso a implementação dos valores da democracia universalmente aceitos constitui uma longa trajetória de luta contra as oligarquias e o absolutismo sob a bandeira republicana, com seus respectivos avanços e retrocessos em diferentes tempos e espaços.

3.1.1 A formação da colonialidade latino-americana na visão de Aníbal Quijano

Para Aníbal Quijano⁶⁵ *a América latina foi tanto o espaço original como o tempo inaugural do período histórico do mundo que ainda habitamos*. No entanto, nem todas as novas potencialidades históricas alcançaram seu pleno desenvolvimento na América Latina. Salienta o autor a cena clássica de Cervantes na qual Dom Quixote arremete contra um gigante e é derrubado por um moinho de vento como sendo a mais impactante imagem histórica de todo o período da primeira modernidade. Na América Latina o (des) encontro entre, de um lado, uma ideologia senhorial, cavalheiresca – a que habitaria a percepção de Dom Quixote –, no sentido de que as práticas sociais já não correspondem senão de modo fragmentário e inconsistente e, de outro, novas práticas sociais – representadas pelo moinho de vento – em vias de generalização, mas que não correspondem a uma ideologia legitimadora consistente e hegemônica.⁶⁶

Além do exemplo espanhol no seio da própria Europa, o colonialismo permitiu que os países da Europa Ocidental elaborassem a sua própria versão da modernidade e da racionalidade, bem como apropriarem-se com exclusividade da identidade histórico-cultural do Ocidente, em um período no qual a colonialidade do poder é ainda um padrão de relações de poder entre a América e a Europa Ocidental.

Neste aspecto, enquanto este padrão de poder permanece na trajetória de desenvolvimento, a América Latina não só continua prisioneira da colonialidade do poder e de sua dependência, mas, também, arrisca-se a não chegar ao novo mundo que se vai configurando sob a égide de um déficit democrático do Poder Judiciário, considerada a mais profunda e global de todo o período da colonial/modernidade.

Neste percurso, enquanto este secular padrão de poder permanece na trajetória de seu desenvolvimento, a América Latina não só continua dependente da colonialidade como padrão de poder, mas igualmente arrisca-se em não atingir suas metas emancipatórias em meio a um contexto diversificado. Isto se deve as articulações, integrações, tensões e contradições entre os países com diferentes trajetórias históricas, nas quais se movem indivíduos e coletividades em construção de sua cultura, neste novo contexto de globalização das relações e das estruturas de dominação em escala mundial.

⁶⁵ QUIJANO, Aníbal. Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina. **Revista de Estudos Avançados da USP**, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 9, 2005.

⁶⁶ QUIJANO, Aníbal. Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina. **Revista de Estudos Avançados da USP**, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 13-15, 2005.

As conseqüências negativas das políticas neoliberais implementadas pelos governos na América Latina bem como as políticas de internacionalização refletem a tendência dominante de modernização. A democracia possível abriga em seu interior efeitos negativos, razão pela qual as políticas de reestruturação sócio-econômica incluem mudanças de mentalidade e de orientação dos atores sócio-políticos na luta pelo acesso aos bens e serviços de consumo coletivo. Neste sentido, na América Latina os princípios universais da igualdade, liberdade e soberania estão ligados aos princípios da felicidade e da auto-realização material. Não são poucos os estudos acerca da herança do colonialismo latino-americano nas práticas sociais atuais, todavia os seus efeitos não tardam a se revelar no cotidiano de maneira bastante uniforme nos países que vivem essa realidade.

A crítica formulada por Jessé Souza⁶⁷, quanto à visão pouco determinada do *culturalismo atávico* para analisar os efeitos da herança ibérica nas práticas sociais brasileiras, denuncia que o iberismo, personalismo e patrimonialismo seriam termos interligados e utilizados para a explicação do atraso social no Brasil, assim como o mercado incipiente, a europeização e a descentralização política são igualmente algumas das idiossincrasias nacionais merecedoras de uma análise mais sofisticada do colonialismo brasileiro.⁶⁸

Afigura-se como evidente e pertinente a idéia de que na formação do Estado brasileiro a questão étnica e o égide mercantilista sem regulação mínima foram demarcações extremamente eficazes para a condução da vida cotidiana, moldando a estrutura patriarcal e patrimonialista reinante durante séculos, cujos matizes são verificadas ainda hoje com bastante intensidade, sobretudo em determinadas regiões do país e campos do poder como o judiciário. No entanto, forçoso reconhecer a ausente identidade histórica compartilhada, mas no absolutismo e nas oligarquias que reside o nexo entre o Brasil e seus vizinhos latino-americanos, motivo pelo qual importa a análise acerca da produção histórica da América Latina, a partir da retórica republicana e da destruição de todo um mundo histórico, sociocultural e demográfico.

No dizer de Aníbal Quijano⁶⁹, a produção de um padrão de poder, levando em consideração a raça e a dominação social global constituiu uma das bases do sistema de dominação e exploração social, do qual resultou um peculiar padrão de conflito. Esse sistema

⁶⁷ SOUZA, Jessé. **A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro**. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

⁶⁸ Ibid., p. 206-241.

⁶⁹ QUIJANO, Aníbal. Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina. **Revista de Estudos Avançados da USP**, São Paulo, v. 19, n. 55, 2005.

de dominação social teve como elemento fundador a idéia de *raça*, como a primeira categoria social da modernidade, sendo um produto mental e social específico daquele processo de destruição de um mundo histórico e de estabelecimento de uma nova ordem, de um novo padrão de poder, emergindo como um modo de naturalização das relações de poder impostas aos sobreviventes de um mundo destruído, ou seja, a idéia de que os dominados não são vítimas de um conflito de poder, mas, sim, inferiores em sua natureza material e na produção histórico-cultural.

Dessa forma, formaram-se novas identidades históricas e geoculturais originárias do novo padrão de poder: “brancos”, “índios”, “negros”, “mestiços”, de modo que se apresentava o primeiro sistema de classificação social básica e universal dos indivíduos da espécie fazia sua entrada na história do homem, produto da expansão do colonialismo europeu sobre o resto do mundo, pois *A partir daí, a idéia de raça, o produto mental original e específico da conquista e colonização da América, foi imposta como o critério e o mecanismo social fundamental de classificação social básica e universal de todos os membros de nossa espécie*⁷⁰.

Nesse contexto, o sistema de exploração social passa a ser representada pelo controle do trabalho, de seus recursos, de seus produtos, ou seja, todos os modos historicamente conhecidos de controle ou de exploração mundial dentro do sistema capitalista dominante, alicerçado num sistema único de produção de mercadorias para o mercado mundial. Na América, tendo em vista a magnitude da violência e da destruição do mundo, as relações entre os novos sistemas de dominação e de exploração iniciaram pela classificação racial da população. Dessa forma, em razão do lugar dominante do capital nas tendências básicas do novo sistema, este teve desde o início, como tem hoje, o caráter capitalista baseado na centralização do capital⁷¹.

No caso do Brasil, após o rompimento com o culturalismo português desde o ano de 1808 - ano da abertura dos portos -, a revolução modernizadora advém da influência da Europa central, já burguesa e individualista. Desde a primeira metade do século XIX, portanto, o Brasil encontra-se sob a égide do código valorativo dominante do *individualismo moral ocidental*, sendo que o único discurso legítimo e capaz de unir as vontades foi o

⁷⁰ Ibid., p. 18-19.

⁷¹ Ibid., p. 19-20.

discurso modernizador com o seu natural processo de institucionalização do acesso diferencial a bens culturais.⁷²

Este passado histórico na formação da identidade da América Latina apresenta-se como um quadro social ideal para a continuidade da dependência econômica e cultural aos países centrais em razão da colonialidade institucionalizada na identidade latino-americana, motivo pelo qual a implementação dos valores da democracia universalmente aceitos e a continuidade ou a sobrevivência do próprio processo de produção da sua identidade demandam a elaboração de uma agenda estratégica bem delimitada para o alcance da modernidade em atendimento às suas idiossincrasias históricas.

3.1.2 A globalização e o eurocentrismo no processo da colonialidade latino-americana

Partindo do pressuposto “europeizador” das colônias latino-americanas, o processo de assimilação cultural dessas sociedades terminou por inaugurar outros processos, outras estruturas e outras formas de sociabilidade, que se articulam ou impõem aos povos, tribos, nações e nacionalidades, estando em curso a gênese de uma nova totalidade histórico-social.

Neste aspecto, o imaginário de indivíduos e coletividades passa a ser influenciado e um novo “ciclo” da história que passa a ser inaugurado, pois os conceitos de “mercantilismo”, “colonialismo”, “imperialismo”, “nacionalismo” e “tribalismo”, no dizer de Octávio Ianni, conviveram com o que no mundo moderno denomina-se de “globalismo”, como nova e abrangente categoria histórica e lógica, na medida em que *O globalismo compreende relações, processos e estruturas de dominação e apropriação desenvolvendo-se em escala mundial*⁷³. Seriam, portanto, relações, processos e estruturas polarizadas em termos de integração e acomodação, assim como de fragmentação e contradição, envolvendo sempre as condições e as possibilidades de soberania e de hegemonia.

Dessa forma, as realidades sociais, também o poder judiciário e a administração do direito⁷⁴, passam a ser influenciadas pelos movimentos e pelas configurações de globalismo.

⁷² Ibid., p. 245-248.

⁷³ IANNI, Octavio. As ciências sociais na época da globalização. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 13, n. 37, p. 33-41, jun. 1998.

⁷⁴ Convém salientar que no dia 31 de dezembro de 2004 foi criado no Brasil, e efetivamente instalado em 14 de junho de 2005, o Conselho Nacional de Justiça, como órgão do Poder Judiciário com sede em Brasília/DF e atuação em todo o território nacional, que visa, mediante ações de planejamento, à coordenação, ao controle administrativo e ao aperfeiçoamento do serviço público na prestação da Justiça. O CNJ é um órgão voltado à reformulação de quadros e meios no Judiciário, sobretudo no que diz respeito ao controle e à transparência

São articulações, integrações, tensões e contradições, envolvendo uns e outros, organizações e instituições, ou a mais diversas realidades sociais, de tal forma que o globalismo pode aparecer mais ou menos decisivamente no modo pelo qual se movem indivíduos e coletividades neste novo contexto.

Dessa forma, o eurocentrismo como novo padrão de poder atrelado ao capital e à modernidade é fruto do domínio colonial da América Latina exercido pela violência física e subjetiva, permitindo aos colonizadores controlar as riquezas naturais por intermédio da escravização e, em razão disso, o controle colonial da América e do trabalho gratuito de “negros” e de “índios”, permitiu aos dominantes não só começar a ter uma posição importante no mercado mundial, mas sobretudo a concentração de benefícios comerciais e de concentração em seus próprios países do assalariamento ou mercantilização da força de trabalho local, implicando em uma rápida expansão da acumulação capitalista nessas regiões.

Assim, a centralização do desenvolvimento do capital, a centralidade da Europa Ocidental na produção da modernidade era uma expressão da colonialidade do poder, isto é, colonialidade e modernidade/racionalidade foram desde o início, e não deixaram de sê-lo até hoje, duas faces da mesma moeda, duas dimensões inseparáveis de um mesmo processo histórico⁷⁵.

Os “fantasmas da América Latina” resultam de seus problemas fundamentais decorrentes da colonialidade. Desde o final do século XIX, muitos latino-americanos começaram a perceber que não era possível afastar esses fantasmas de nosso mundo sem democracia, logo, sem moderno Estado-Nação e, embora a separação e a prolongada hostilidade entre os países latino-americanos tivessem quase enterrado a proposta bolivariana de unidade e integração, hoje, segundo Aníbal Quijano⁷⁶, parece ressurgir com nova força. Pode-se, afirmar que a identidade, a modernidade, a democracia, a unidade e o desenvolvimento são os fantasmas que povoam hoje o imaginário latino-americano.

administrativa e processual, instituído em obediência ao determinado na Constituição Federal, nos termos do art. 103-B, para o aprimoramento do sistema judicial e para a inserção do Brasil em um novo contexto de modernização e alinhamento do Poder Judiciário ao sistema global de proteção dos direitos humanos assumidos pelo país no plano internacional.

⁷⁵ QUIJANO, Aníbal. Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina. **Revista de Estudos Avançados da USP**, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 20-21, 2005.

⁷⁶ QUIJANO, Aníbal. Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina. **Revista de Estudos Avançados da USP**, São Paulo, v. 19, n. 55, 2005.

Na realidade, a colonialidade e a formação da modernidade e da identidade latino-americanas partem da premissa que a América historicamente concebe a ideologia eurocêntrica sobre a modernidade como uma verdade universal, em especial até o começo do século XX, de modo que a colonialidade do poder implicava e ainda implica na invisibilidade sociológica dos não-europeus, vale dizer, da esmagadora maioria da população da americana, mediante o aniquilamento da sua subjetividade e identidade histórica.

Por outro lado, os recentes movimentos político-culturais dos indígenas e dos afro-latino-americanos puseram definitivamente em questão a versão européia da modernidade e da racionalidade, propondo sua própria racionalidade como alternativa. Neste aspecto, *a produção da identidade latino-americana implica, desde o início, uma trajetória de inevitável destruição da colonialidade do poder, uma maneira muito específica de descolonização e de liberação: a des/colonialidade do poder*⁷⁷.

Na atualidade, grande parte dos atores sociais busca orientações e ações estratégicas voltadas para a participação social e para o desenvolvimento e expansão da esfera pública, por isso a possibilidade de consolidação da democracia nos países latino-americanos passa pela formação e desenvolvimento de uma cultura cívica calcada no processo de orientação dos atores para a globalização e a universalização dos valores da democracia por meio de pautas de comunicação, normas e comportamentos efetivamente democráticos.

A adoção de medidas anti-sistêmicas na atualidade não representam a tomada de medidas revolucionárias visando uma luta de classes ou a manutenção da soberania estatal, como ocorreu com anteriores movimentos sociais e os movimentos nacionais na América Latina. Podem, sim, soar como medidas estratégicas bem delimitadas de atuação no plano político e no plano cultural dos novos atores sociais visando a “descolonialidade do poder” diante da hegemonia política, econômica e cultural dos Estados Unidos e dos países da Europa Central. Porém, considera um complexo sistema capitalista globalizado, definitivamente instalado, visando o cumprimento das metas emancipatórias de redução das mazelas sociais.

⁷⁷ Ibid., p. 21-23.

3.2 Os rumos estratégicos para a modernização e a democracia na América Latina

Se a América Latina, como já referido, apresenta-se como um cenário propício para a continuidade da dependência política, cultural e econômica aos países centrais, faz-se necessária a reflexão sobre as possibilidades de implementação de um projeto histórico, aberto e heterogêneo para a produção de uma efetiva identidade latino-americana, visando a destruição da histórica colonialidade do poder para a implementação de metas modernas e emancipatórias. Aos novos atores da sociedade civil cumpre intensificar a relevância dos novos espaços de participação e redefinir o papel desta nova sociedade civil no desempenho das políticas sociais calcadas em novas formas de representatividade na América Latina em seu atual tempo histórico para a constituição de uma sociedade democrática e igualitária.

3.2.1 Os atores sociais e a cultura cívica no aprendizado democrático na visão de Paulo Krischke

A rearticulação econômica e a transição à democracia ainda está em processo e não se consolidou na maioria dos países latino-americanos, de modo que se percebem mudanças estratégicas de identidade e cultura política nos países colonizados. Estes são motivos pelos quais Paulo Krischke analisa, primeiramente, as mudanças estratégicas, principalmente dos atores sociais antigos, após, as mudanças de identidade e sua relação com as mudanças estratégicas, principalmente entre os novos atores sociais. Por fim, a dimensão cívico-cultural da ação coletiva *que tanto os atores como os pesquisadores da área enfrentam, desde os anos 90, com vistas à consolidação da democracia*⁷⁸.

As conseqüências negativas das políticas neoliberais implementadas pelos governos na América Latina aliadas às atuais políticas de internacionalização no continente refletem que a tendência dominante de modernização da democracia abriga em seu interior efeitos negativos. A lógica da ação coletiva de perfil individualista com ênfase ao egoísmo racional como mudança de valores e orientações de identidades coletivas estabelece novos conflitos sociais na área do consumo. Constatam-se, igualmente, as mudanças no caráter estratégico da ação coletiva para os processos de expansão da esfera pública, principalmente em nível local.

⁷⁸ KRISCHKE, Paulo. **Aprendendo a democracia na América Latina**: atores sociais e mudança cultural. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p. 161-162.

Neste aspecto, no contexto democrático latino-americano verificou-se uma transformação na ação social após os processos de abertura política. Com o surgimento de novos atores a (nova) sociedade civil incrementou a renovação de discursos emancipatórios. Na década de 90, a visão incidente sobre a sociedade civil brasileira teria gerado um prolongamento dos chamados “consensos fáceis”. Esses consensos assumiam *a coincidência entre a esquerda, a ação social e a razão, confrontadas à barbárie do poder*.⁷⁹

De qualquer forma, paulatinamente o debate deslocou-se para registros mais pragmáticos, de modo que hoje o teor da discussão salienta o potencial de sinergia nas relações Estado-sociedade, a relevância dos novos espaços de participação, o papel da sociedade civil no desempenho das políticas públicas, a emergência de novas institucionalidades e a multiplicação de formas inéditas de representatividade, de modo que o esgotamento da agenda dos anos 1990 ocorreu “sem pena nem glória”, sem uma adequada produção de seus balanços.⁸⁰

A sociedade civil passa a ser definida como depositária de uma diversificação de atores coletivos, autônomos e espontâneos. Em decorrência dos empenhos associativos da sociedade dos anos 90 originou-se uma nova forma de associativismo, introduzindo mudanças significativas na cultura política, constituindo novos padrões de ações coletivas e novas experiências associativas. No entanto, em relação aos novos atores da sociedade civil, capazes de cooptar energias inovadoras esparsas nas sociedades não organizadas não se permite avaliar o sentido substantivo de suas atuações, sendo que, nos anos 90, o sentido da ação desses atores residia no seu papel normativo. De qualquer forma, a análise da potencialidade dos atores da sociedade civil conduziria a investigar o seu papel na resolução do amplo leque de problemas, de acordo com Lavallo⁸¹ que transbordam o âmbito local, bem como de sua função na geração de pressões legítimas dirigidas à transformação da democracia.

A maioria dos atores sociais combina orientações e ações estratégicas e de identidade na busca pela participação social e pelo desenvolvimento e expansão da esfera pública. Esta é a razão pela qual merece insistência a necessária correspondência entre as possibilidades de

⁷⁹ LVALLE, Adrián Gurza. **Sem pena nem glória**: o debate sobre a sociedade civil nos anos 1990. p. 92. Disponível em: <<http://www.cebrap.org.br/imagens/Arquivos/SemPenaNemGloriaNovosEstudos.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2010.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ LVALLE, Adrián Gurza. **Sem pena nem glória**: o debate sobre a sociedade civil nos anos 1990. p. 92. Disponível em: <<http://www.cebrap.org.br/imagens/Arquivos/SemPenaNemGloriaNovosEstudos.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2010.

consolidação da democracia e a formação e desenvolvimento de uma cultura cívica por intermédio da orientação dos atores para a globalização e a universalização da cultura democrática por meio de pautas de comunicação, normas e comportamentos democráticos. Na América Latina, aos princípios utópicos pela igualdade, liberdade e soberania nacional, agregam-se outros ligados ao princípio da felicidade e auto-realização.⁸²

A mencionada orientação dos atores para a globalização e a universalização dos valores democráticos tende à “adaptação” dos países latino-americanos erigidos da colonialidade para demandarem ao enalço de uma alteração paradigmática acerca da reconstrução da teoria democrática. Este enfoque tenta construir e fortalecer a vida democrática da sociedade brasileira, seja focalizando principalmente *os que tratam das transformações atuais da cultura política dos públicos massivos (autodenominados “culturalistas”)*, seja outros que abordam o comportamento das elites sob o prisma da escolha racional (*considerados “racionalistas”*)⁸³.

Paulo Krischke⁸⁴ parte da análise de um duplo processo de crise-rearticulação econômica e de transição à democracia que ainda não se consolidou em muitos países, havendo mudanças estratégicas de identidade e cultura política. Primeiramente, aborda as mudanças estratégicas principalmente dos atores sociais, as mudanças de identidade e sua relação com as inovações estratégicas e, por fim, a dimensão cívico-cultural da ação coletiva.

Neste aspecto, foram muito negativas as conseqüências das políticas neoliberais implementadas pelos governos na América Latina, pois o “lado obscuro” nas políticas de internacionalização no continente e a tendência dominante de modernização da democracia abrigam em seu interior efeitos perversos, problemas não resolvidos no passado e possibilidades muito sérias de regressão.

Com isso, surge e permanece a lógica da ação coletiva de perfil individualista com ênfase ao egoísmo racional como mudança de valores e orientações de identidades coletivas, geradores de novos conflitos sociais na área do consumo.

No caso da América latina e particularmente do Brasil, aos princípios utópicos pela igualdade, liberdade e soberania nacional, agregam-se outros ligados ao princípio da

⁸² KRISCHKE, Paulo. Abordagens ao aprendizado político (e globalização na América Latina). **Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas**, Florianópolis, n. 37, p. 4, 2002. (Série especial I).

⁸³ Ibid., p. 6-7.

⁸⁴ Ibid.

felicidade e auto-realização, em razão disso, as ações do Estado teriam um caráter compensatório, paliativo e corretivo, buscando-se o bem-comum sem a mudança de elementos estruturais para uma cultura cívica, na medida em que as políticas sociais como produto concreto do desenvolvimento capitalista, de suas contradições e do acúmulo de riqueza, são fomentadoras de uma espécie de *naturalização das desigualdades*, a partir das políticas de integração dos setores subalternos à vida política e social.

3.2.2 O fortalecimento da democracia e a agenda estratégica: metas emancipatórias de I.

Wallerstein

Como salientado por Aníbal Quijano a heterogeneidade histórico-estrutural, a co-presença e a existência social de várias procedências são o principal modo de existência e de movimento de toda sociedade, sem uma visão contínua e unidirecional da evolução social em razão das formas heterogêneas de existência social, produzidas em tempos distintos e em espaços distantes⁸⁵.

O retorno à Sociologia situa-se na redescoberta da sociedade civil no contexto intelectual latino-americano, cuja a hiperexploração decorrente do colonialismo histórico ainda dificulta a modernização das suas estruturas sociais. Os efeitos perversos da chamada modernização econômica levou à reflexão acerca do largo segmento populacional desnecessário à reprodução do capital. O pensamento sociológico dos anos 80 bifurcou-se para, de um lado, explorar as possibilidades da modernização pela via política (teoria dos movimentos sociais) e, de outro, extremar suas críticas para formular uma “sociologia da decadência” (dissolução social, ruptura de identidades, desintegração, etc.). Neste quadro, nos anos 90, o pensamento sociológico não assumiu a sua vertente pessimista, mas em linha de continuidade, analisa a possibilidade de abrir caminho pela via da ação social, em razão do declínio da matriz teórica marxista⁸⁶.

⁸⁵ “Por sua natureza, a perspectiva eurocêntrica distorce, quando não bloqueia, a percepção de nossa experiência histórico-social, enquanto leva, ao mesmo tempo, a admiti-la como verdadeira. Opera, pois, no mundo de hoje, e em particular na América Latina, do mesmo modo como a “cavalaria” atuava na visão de Dom Quixote. Conseqüentemente, nossos problemas também não podem ser percebidos senão desse modo distorcido, nem confrontados e resolvidos salvo também parcial e distorcidamente. Dessa maneira, a colonialidade do poder faz da América Latina um cenário de des/encontros entre nossa experiência, nosso conhecimento e nossa memória histórica. QUIJANO, Aníbal. Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina. **Revista de Estudos Avançados da USP**, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 13-14, 2005.

⁸⁶ LAVALLE, Adrián Gurza. **Sem pena nem glória**: o debate sobre a sociedade civil nos anos 1990. p. 92-96. Disponível em: <<http://www.cebrap.org.br/imagens/Arquivos/SemPenaNemGloriaNovosEstudos.pdf>>. Acesso em: 09 dez. 2008.

Neste aspecto, poder-se-ia traçar uma agenda estratégica aos países latino-americanos por intermédio da modernização pela via política e pela via da ação social direcionada para o desenvolvimento de valores universais e de políticas pública emancipatórias num sistema mundo globalizado em que se modificam radicalmente as condições sob as quais se desenvolvem a teoria e a prática da política com a globalização do capitalismo.

O modo de produção e o processo civilizatório, propicia o desenvolvimento de relações, processos e estruturas de dominação política e apropriação econômica de alcance mundial, alterando as formas de sociabilidade e os jogos das forças sociais, no âmbito de uma vasta, complexa e contraditória sociedade civil mundial igualmente em formação, o que significa a emergência e dinâmica de grupos sociais, classes sociais, estruturas de poder, acomodações, tensões e lutas em escala mundial⁸⁷.

E são justamente estes novos atores da sociedade civil que vão demonstrar a relevância dos espaços de participação, o papel da sociedade civil no desempenho das políticas sociais, a emergência de novas institucionalidades e a multiplicação de formas inéditas de representatividade especificamente na América Latina em seu atual tempo histórico.

As políticas emancipatórias surgem no horizonte como metas na implementação da cultura democrática na América Latina. Novas agendas estratégicas devem ser delineadas visando a “descolonialidade do poder” frente à hegemonia política e econômica dos Estados Unidos e dos países da Europa Central num complexo sistema capitalista globalizado.

Neste aspecto, Immanuel Wallerstein⁸⁸ parte de uma análise histórica das duas espécies de movimentos populares existentes nos países colonizados contra o sistema: os movimentos sociais e os movimentos nacionais. Os movimentos sociais foram concebidos primordialmente como partidos socialistas e sindicatos, os quais procuravam intensificar a luta de classes contra a burguesia e os patrões. Os movimentos nacionais, por outro lado, eram aqueles que lutavam pela criação de um Estado nacional, como aconteceu, por exemplo, na Itália e na guerra da secessão norte-americana. Ambos os movimentos surgiram como

⁸⁷ IANNI, Octavio. O príncipe eletrônico. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 21, 1998, Caxambú. **GT 19 - teoria social**. Disponível em: <<http://mail.view=att&th=11ce146ef89edb2e&attid=0.3&disp=attd&>>. Acesso em: 10 dez. 2008.

⁸⁸ WALLERSTEIN, Immanuel. **Nuevas revueltas contra el sistema**. p. 93-98. Disponível em: <http://www.uruguaypiensa.org.uy/noticia_48_1.html>. Acesso em: 09 dez. 2008.

estruturas burocráticas significativas durante a segunda metade do século XIX, tornando-se mais forte com o passar do tempo, possuindo uma série de características comuns.

Inicialmente, a maioria dos movimentos socialistas e nacionalistas proclamara-se repetidamente como “revolucionários”, declarando-se partidários de transformações radicais nas relações sociais. Ambos foram em princípio muito pouco representativos politicamente e tiveram de travar uma batalha muito árdua para assegurarem sua existência, sendo duramente reprimidos pelo Estado, por serem considerados ilegais, ou mesmo por segmentos da iniciativa privada.

Esses movimentos protagonizaram uma série paralela de grandes debates sobre a estratégia de atuação, sobre quem seria o inimigo intrínseco, como por exemplo, nos movimentos sociais, debate entre marxistas e anarquistas, nos movimentos nacionais, os partidários do nacionalismo político contrapunham aqueles que propugnavam um nacionalismo cultural e uma nova racionalidade para as práticas sociais e políticas⁸⁹.

No final do século XIX, tanto os movimentos sociais e nacionalistas propugnavam pela adoção da estratégia em duas fases: primeiro, conquistar o poder no interior da estrutura estatal; depois, transformar o mundo. Contata-se igualmente que os movimentos socialistas foram incluindo paulatinamente a retórica nacionalista em seus discursos. Os processos de mobilização popular desencadeadas para ambos os tipos de movimento igualmente foram muito similares. Ambos iniciaram a atuar na maioria dos países em pequenos grupos formados por alguns intelectuais e um pequeno número de militantes provenientes de outros estratos sociais, até chegarem a sofisticar e reforçar seus quadros, obtendo uma crescente adesão de pessoas no que diz respeito aos seus dogmas de atuação social⁹⁰.

Outra característica comum é que ambos os movimentos enfrentaram a tensão de uma “revolução” ou “reforma” armada ou mesmo nas urnas. Por fim, ambos os movimentos enfrentaram o problema de implementar a mencionada estratégia em duas fases. Uma vez implementada a primeira, seus seguidores esperaram o cumprimento da promessa contida na

⁸⁹ Ibid.. p. 99-100.

⁹⁰ WALLERSTEIN, Immanuel. **Nuevas revueltas contra el sistema**. p. 100-103. Disponível em: <http://www.uruguaypiensa.org.uy/noticia_48_1.html>. Acesso em: 09 dez. 2008.

segunda fase, ou seja, transformar o mundo a partir da união de forças para a amplitude de uma esquerda plural.⁹¹

A combinação destes diversos fatores influenciou sobremaneira a revolução mundial de 1968, cujos revolucionários detinham diferentes demandas locais, embora compartilhassem os mesmos argumentos fundamentais: opunham-se à hegemonia dos Estados Unidos e condenavam a antiga esquerda que não dispunha de meios de solucionar os problemas sociais enfrentados.

Dessa forma, desde 1968 que se busca um movimento contra o sistema realmente mais democrático e igualitário. Em que pese essa tentativa nos mais diferentes níveis ao longo da história, a desintegração dos movimentos e suas dissidências permitiram uma espécie de indesejável perda de foco, de modo que o Fórum Social Mundial vem procurando agrupar os mais diferentes movimentos considerados de esquerda e de combate ao sistema instalado.

As transformações sociais experimentadas ao longo da história estão na gênese da formulação do imaginário e do processo histórico de teorização da idéia de um Estado racional. As normas e práticas sociais previamente reguladas e dirigidas aos seus destinatários, mediante a generalização e a uniformização dos trâmites da comunicação, das ciências, cadeias produtivas e circulação de riquezas, culminam na inevitável centralidade da regulação sob a égide de uma economia capitalista globalizada.

A racionalidade concebida como um método de resolução dos problemas sociais permeou o Estado capitalista moderno, transferindo, em maior ou menor grau, a resolução das questões sociais ao Estado essencialmente monopolizador, tendo em vista a limitação do indivíduo na condução das questões sociais.

O Estado racional, portanto, é o modelo produzido historicamente no Ocidente, perfeitamente adequado para abarcar o capitalismo moderno, pautado sob um liberalismo especializado e sob um Direito racional, representando o grupo de dominação institucional

⁹¹ “De esto se deduce que su única oportunidad, está en convertir lo que es su limitación en su propia ventaja. Quienes luchan por ese futuro democrático e igualitario deben construir sobre la base de su diversidad. Sea que llamemos a esto una «alianza arco iris», o una «izquierda plural», o un «frente amplio», nombre que es lo de menos, si la idea básica es la de que estamos destinados a la necesidad de ir creando una familia mundial de movimientos antisistémicos que no pueden tener, o solo en muy pequeña medida, una estructura jerárquica. Y esto es, naturalmente, difícil organizativamente. Y ello por dos WALLERSTEIN, Immanuel. Retos para la universidad en el siglo XXI. **Investigaciones Sociales**, Lima, n. 13, 2004. Porque una estructura tan laxa quizá no sea capaz de crear una estrategia viable y coherente. Y porque una estructura tan laxa está muy abierta a la infiltración y a la desorganización desde su propio interior.” Ibid., p. 163-175.

com o monopólio da violência legítima para o exercício do domínio efetivo dentro de um determinado espaço territorial.⁹²

Neste aspecto, como bem analisado por Marcelo Pereira de Mello, a compreensão da do Direito de Max Weber deve começar pelo entendimento do que seja a perspectiva historicista utilizada na explicação do fenômeno do Direito, pois como ciências humanas, a e o direito, devem ser capazes de produzir seu conhecimento a partir de um conjunto normativo de procedimentos e controles e deles retirar conceitos e modelos operativos para entender a ação social. Dessa análise, portanto, Weber procura combinar, então, em seu método de investigação, o racionalismo científico típico, classificatório e generalizante, mais identificado com as ciências naturais, com a perspectiva historicista, que captura os movimentos particulares e singulares que guardam a integridade de cada fenômeno social concreto.⁹³

Mas para compreender a racionalização do Direito é importante analisar a teoria da aceitação discursiva pautada no reconhecimento da validade e legitimidade dos discursos e fundamentações por aqueles que procedimentalmente devem dizer o Direito, ou seja, dizer o que é direito na demanda em que pretendida uma decisão judicial. A aceitação discursiva representa não só a aceitação de um comando judicial, mas, sobretudo, é condição de vigência e eficácia da legislação e das regras estabelecidas jurisprudencialmente, na medida em que a eficácia das regras jurídicas depende de sua aceitação social, sob pena da perda de vigência material, inobstante a existência meramente formal de um determinado comando normativo.

⁹² WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Traduzido por Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. v. 2. Tradução de *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der Verstehenden Soziologie*.

⁹³ MELLO, Marcelo Pereira de. Sociologias do direito: historicismo, subjetivismo e teoria sistêmica. **Revista de e Política**, Curitiba, v. 16, n. 25, p. 151-165, jun. 2005.

4 A LEGITIMAÇÃO DO DIREITO COMO PADRÃO COERCITIVO E SOCIALMENTE JUSTIFICÁVEL NAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS

É inegável que a legitimação procedimental do Direito figura como padrão normativo coercitivo e socialmente justificável nas sociedades democráticas. Por isso, pretende-se discorrer acerca da democracia formal como conjunto de regras legitimadoras do Direito e analisar o outro referencial teórico proposto na presente tese, ou seja, a legitimidade material do Direito, mediante a aplicação do consenso discursivo na ótica de Jürgen Habermas, pautando essa análise no conceito normativo de política deliberativa sobre a dialética entre a igualdade de fato e a igualdade de direito, sob a ótica da teoria do agir comunicativo. Dessa forma, o discurso ganha relevo quando a aceitação dos seus destinatários, membros de uma determinada sociedade, reconhecem a validade dos argumentos utilizados pelos operadores do Direito.

4.1 A racionalidade preponderante na democracia social representativa

Na medida em que se desenvolve o Estado racional na civilização ocidental também torna-se mais nítida a distinção entre os países industrializados e os países periféricos do sistema hegemônico capitalista. Nesta seara, evidentemente que não poderíamos deixar de conceber a existência de um aspecto do Estado como dimensão irracional, como é o caso da burocratização e a tecnocracia. A legitimidade social torna-se uma rede complexa quando é analisada a situação dos ausentes ou excedentes, cuja presença não se encontra representada ou ao menos eficazmente representada quanto às necessidades na busca da igualdade de oportunidades e de representatividade efetiva na sociedade.

4.1.1 O consenso discursivo e a racionalidade do Estado sob a ótica de Habermas

A noção de racionalidade é empregada pelas ciências sociais em inúmeros sentidos, no entanto, muito embora a dificuldade de conceituarmos a racionalidade cognitiva no estudo das ações humanas. Caracterizamos a racionalidade sob o viés da ação concebida num sentido amplo (social, cultural, política, científica, etc.), a qual é considerada adequada para a consecução de determinados fins perfeitamente delimitados ou assumidos em uma determinada perspectiva histórica. Assim Habermas, ao analisar a clássica concepção

weberiana da dominação legal baseada essencialmente num sistema administrativo burocrático, como forma de materialização do direito formal burguês, estabelece que:

Max Weber compreende as ordens estatais das sociedades modernas como simples manifestos do <<poder político>>. Estas fundamentam a sua legitimidade na crença na legitimidade do poder político legal. O poder político legal ganha, entre outros, um carácter racional, uma vez que a crença na legalidade das ordens emanadas e na legalidade da competência dos indivíduos escolhidos para exercer o poder político, tem uma qualidade diferente do que a crença na tradição e no carisma: é a própria racionalidade inerente à forma jurídica, que proporciona legitimidade àquele poder político, exercido de forma legal⁹⁴

Fundamentada na previsibilidade das condutas regidas normativamente e da forma de assunção ao poder, a manutenção da formalidade do poder político depende: de recursos materiais para conferir a institucionalização do poder político, da existência de uma hierarquia oficial em seus quadros, bem como de um corpo de funcionários altamente especializados ou meramente executores de ordens materiais. Este quadro proposto por Weber⁹⁵ amolda-se adequadamente aos interesses da burguesia que, com a sua atividade voltada para as questões materiais e comerciais, depende de uma ordem jurídica previsível e estável, institucionalizada em leis universais, cuja formalidade em sua essência fundamenta a legitimidade da dominação.

Como bem observado por Antônio Flávio Pierucci⁹⁶, o importante é a direção em que aponta este processo, ou seja, para o rumo de uma autonomização crescente do direito em relação à irracionalidade do antigo direito religiosamente revelado. Acompanhando a linha do desenvolvimento ocorrido no campo do direito e da legislação, Weber teria identificado nas inovações jurídico-legais produzidas pelo mundo ocidental um elemento em comum, qual seja, a adoção de técnicas sempre mais racionais no lugar das fórmulas mágicas estereotipadas e da *"revelação carismática do direito"*, em outras palavras, no lugar da lei divinamente

⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e moral**. Lisboa: Instituto Piaget, 1992. p. 13.

⁹⁵ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Traduzido por Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. v. 2, p. 525-543. Tradução de *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der Verstehenden Soziologie*.

⁹⁶ "A racionalização do direito veio traçando em sua trajetória irregular o destino das formas de dominação e de sua fundamentação, e disto depende hoje o nosso destino. A racionalização religiosa, de seu lado, fez o mesmo: buscou para si um destino e acabou repatriando a religião para o reino do irracional ao devolver a nós, pobres mortais, o acesso sem véus à gramática "deste mundo" sem sentido. E o nosso destino "neste mundo", é claro, também depende disto. Ainda por cima, para completar, Weber vem nos mostrar que ambos os processos racionalizadores se encavalam na história do Ocidente, fazendo-nos descobrir aí mais um daqueles casos que ele gostava de identificar na história, um caso, único em sua espécie, de *afinidades eletivas*. Com tudo o que este cruzamento implica de conseqüências, previsíveis e não, desejáveis e não." PIERUCCI, Antônio Flávio. Secularização em Max Weber: da contemporânea serventia de voltarmos a acessar aquele velho sentido. **Revista de e Política**, São Paulo, v. 13, n. 37, jun. 2008.

revelada, abandonando-se assim velhas formas em procedimentais do antigo direito, desvalorizadas agora como práticas irracionais, incertas, incoerentes e arbitrárias.

Neste aspecto, o importante para Weber seria a direção seguida pelo processo, com ênfase, porém, na sistematização interna dos enunciados normativos, na estruturação coerente da prática jurídica e na crescente racionalização formal do corpo de normas para se atingir, ao final, o estágio caracteristicamente moderno da constituição de uma esfera de valor autônoma, de modo que esta *esfera cultural* é dotada de um dinamismo próprio, uma lógica própria, capaz de fundamentar-se a si mesma de modo reflexivo sem ter de recorrer a forças supra-sensíveis ou a normas já dadas de qualquer natureza.

Por outro lado, a visão habermasiana apresenta a dificuldade de conceber a legitimidade da dominação por intermédio da legalidade estrita. Isto porque a validade do direito *remete*, “*simultaneamente, para a docilidade, politicamente esperada, perante a decisão e obrigação, tal como para a expectativa moral do reconhecimento de uma exigência de validade normativa, racionalmente motivada*”.⁹⁷ Nos casos de resistência legítima e de desobediência civil pode-se destruir a ordem jurídica estabelecida institucionalmente. Não se pode deixar de admitir que a concepção weberiana de Estado racional amolda-se à concepção da racionalização formal do sistema legal, sem excluir a possibilidade de alteração nas normas vigentes pelas vias institucionais ou mesmo por uma ruptura política que altera substancialmente a normatização até então estabelecida.

Hans Kelsen⁹⁸ preconiza uma teoria de separação entre o Direito e a moral, pois a moral estaria ligada às Ciências Sociais sem o caráter coercitivo, como uma ordem social que não estabelece sanções, ao contrário do Direito que se utiliza da coerção estatal para o cumprimento de suas regras. A distinção entre o Direito e a moral fundamenta-se igualmente na relativização da moral inserida em um determinado contexto espacial e histórico.

⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e moral**. Lisboa: Instituto Piaget, 1992. p. 118-119.

⁹⁸ “Uma distinção entre o Direito e a Moral não pode encontrar-se *naquilo* que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas no *como* elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana. O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando – como já mostramos – se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego de força física.” KELSEN, Hans. **A democracia**. Traduzido por Ivone Castilhos Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo. Martins Fontes, 2000. p. 71.

No entanto, a denominada Teoria Pura do Direito elaborada e propagada por Hans Kelsen para justificar a legitimidade pela legalidade de uma força jurídica estatuída, alheia a uma ordem moral permeada pela relatividade ou mesmo de uma ordem social que com ela se identifica, encontra contundente crítica de Bourdieu ⁹⁹:

A reivindicação da autonomia absoluta do pensamento e da acção jurídicos afirma-se na constituição em teoria de um modo de pensamento específico, totalmente liberto do peso social, e a tentativa de Kelsen para criar uma <<teoria pura do direito>> não passa do limite ultra-consequente do esforço de todo o corpo dos juristas para construir um corpo de doutrinas e de regras completamente independentes dos constrangimentos e das pressões sociais, tendo nele mesmo o seu próprio fundamento.

A formação do Estado racionalista em suas decisões e ações tomadas no seio da sociedade, mediante regras universais e padronizadas, cuja legitimação encontra-se atrelada à legalização do uso da força dirigida contra determinadas condutas consideradas desviantes, pautou-se historicamente na crença de um sistema aparentemente destacado e invulnerável.

Esse poder de sanção no campo social, uma vez legalmente estabelecido, deveria despreocupar-se com uma eventual crise de conteúdo, já que, atendidos os seus aspectos formais legitimadores, a dominação racional deve ser aceita pelo corpo social de maneira irrestrita. As normas emanadas pelo Estado seriam dotadas de um racionalismo prudente e razoável que habita o imaginário da maior parte da sociedade, descrente de uma possível modificação de suas condições de vida fora dos limites ditados pelo Estado racional.

A dominação racional, tal como concebida nas sociedades capitalistas contemporâneas, utilizando-se da linguagem de Giddens¹⁰⁰, propiciou a formação de um sistema abstrato que fomentou “*uma boa dose de segurança na vida cotidiana que estava ausente nas ordens pré-modernas*”. A segurança de uma rotina integrada na sociedade propicia uma crescente estabilização das relações pessoais, mesmo provocando uma alteração na intimidade das pessoas e nas relações interpessoais, pois a eficácia dos sistemas abstratos permite a previsão e a confiança das condutas sociais realizadas no cotidiano.

Ocorre que estas vias de comunicação racional patrocinadas pelo Estado encontram aquiescência histórica, de um modo geral, nas estruturas sociais escolares, familiares e científicas, sendo preciso conforme preconiza Bourdieu: “*mobilizar cada vez mais recursos e*

⁹⁹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998a. p. 209.

¹⁰⁰ GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: Ed. da UNESP, 1991. p. 115.

justificações técnicas e racionais para dominar, e os dominados deverão se servir ainda mais da razão para se defender contra formas crescentemente racionalizadas de dominação”.

Deste confronto entre a racionalização do Estado por intermédio da emanção de normas estáveis e universais, dotadas de uma aparente *neutralidade racional*, e a cidadania emerge o papel das Ciências Sociais contra a dominação do Estado racional:

As ciências sociais, as únicas capazes de desmascarar e de fazer frente às estratégias de dominação inteiramente inéditas para as quais contribuem por vezes como nutrientes e fontes de inspiração, deverão de uma vez por todas escolher entre dois partidos: posicionar seus instrumentos racionais de conhecimento a serviço de uma dominação cada vez mais racionalizada, ou, então, analisar racionalmente a dominação, em especial a contribuição do conhecimento racional para a monopolização de fato dos ganhos da razão universal. A consciência e o conhecimento das condições sociais dessa espécie de escândalo lógico e político que vem a ser a monopolização do universal sinalizam, sem equívoco, os fins e os meios de uma luta política permanente em prol da universalização das condições de acesso ao universal.¹⁰¹

Como bem salientado por Joaquim Shiraishi Neto¹⁰², para Bourdieu o campo jurídico constitui-se historicamente consoante a lógica interna das relações interpessoais, inclusive com poderes para legitimar, autorizar e consagrar determinados “operadores do direito”, conforme a noção operacional de campo jurídico, dentro de um espaço social específico e autônomo, no qual os “operadores” concorrem entre si pelo monopólio do direito de dizer o Direito. E é justamente neste espaço que se (re) produz o discurso jurídico verdadeiro, em que se constroem os mecanismos e as instâncias que permitem separar os discursos verdadeiros dos falsos em instâncias separadas por diferenças de peso funcional, definindo a posição hierárquica de cada um no campo, o que contribui para estruturá-lo de forma particular.

Em razão disso, tem-se constatado o papel cada vez mais relevante de formas de controle dos meios de acesso ao campo jurídico, como é caso da Ordem dos Advogados do Brasil, que o faz por meio do chamado “exame de ordem”. Estes exames têm servido para “controlar” o ingresso de profissionais no campo jurídico, e o capital simbólico acumulado tem peso determinante no posicionamento, que é orientado segundo a relação com outras

¹⁰¹ BOURDIEU, Pierre. **Meditações pascalianas**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998b. p. 102.

¹⁰² “A noção de campo jurídico, portanto, deve ser entendida como uma construção analítica, que serve para designar uma situação específica de relações sociais em que se mantém um espaço de disputas do direito para se dizer o Direito, porquanto somente em função de um mercado de serviços e bens é possível a formação desse corpo de profissionais do Direito – isto é, o estabelecimento de um verdadeiro campo jurídico como sistema de relações que se estabelecem entre os *operadores do direito*. Para tanto essa noção de campo jurídico vai ser operada a partir da análise do discurso do direito de propriedade privada.” Shiraishi Neto, Joaquim. O campo jurídico em Pierre Bourdieu: a produção de uma verdade a partir da noção de propriedade privada nos manuais de Direito. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 56, p. 83-100, jun. 2008.

forças sociais, sobretudo pelo fato de que o Direito é importante instrumento para o processo de manutenção de determinada ordem social e econômica, havendo uma pluralidade de forças sociais que, em razão de seu poder econômico e político, está apta a impor suas decisões, por essa razão inexistente a tomada de posição que seja passível de neutralidade, tal como sucede na representação ingenuamente idealizada do Direito.

Daí porque para se compreender o processo de legitimação e consagração do Direito é necessário apreender as relações que se estabelecem fora deste campo, mas que também se encontram submetidas a distintos domínios de poder.

Como anotado por Aloísio Ruscheinsky, o estilo de vida (re) produz um *habitus* como organicidade das práticas sociais que se delineiam como *um rumo que se deposita no leito histórico de cada ator social*¹⁰³, incluindo marcas do lugar na estrutura social, das posições e situações de classes, bem como das condições de consumo, por isso as relações no campo simbólico aparecem como decorrência de um conjunto de forças constituídas em hábitos coletivos e estilos de vida que influenciam ou mesmo determinam os movimentos sociais:

A ação social e política, as práticas cotidianas, a emergência de atores, a dimensão cultural, a identidade, a autonomia e os seus opositores são elementos fundamentais na análise dos movimentos sociais, tomados como constituição de atores sociais ou sujeitos da ação. Isso configura o 'retorno do ator' na produção da sociedade. Quanto menos abrangentes, locais ou de base, mais tendem a definir-se culturalmente, atuar na defesa comunitária, afirmar a sua identidade e, portanto, menos tendem a apresentar demandas que atuem sobre o sistema político e a requerer representação política que flui sobre a institucionalidade.¹⁰⁴

A legitimação da dominação racional encontra fundamento nas motivações materiais e afetivas ou ideais para a sua continuidade e aperfeiçoamento do sistema, o qual encontra estabilidade da crença da legitimidade na pretensão de validade do Estado racional. A relação de dominação racional sob a égide da instrumentalização da violência legítima necessita de um processo de domínio exercido por aqueles que legalmente detêm o poder de Estado e os seus destinatários submetam-se à autoridade invocada e efetivamente exercida sob o manto da crença na legitimidade¹⁰⁵.

¹⁰³ RUSCHEINSKY, Aloísio. **Metamorfoses da cidadania**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2000. p. 41-50.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 51.

¹⁰⁵ "Tal como todos os agrupamentos políticos que historicamente o precederam, o Estado consiste em uma relação de *dominação* do homem sobre o homem, fundada no instrumento de violência legítima (isto é, da violência considerada como legítima). O estado só pode existir, portanto, sob condição de que os homens dominados se submetam à autoridade continuamente reivindicada pelos dominadores. WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. São Paulo: Cultrix, 2004. p. 57.

Conforme observado por Jürgen Habermas, para a interpretação da autoridade racional, a autoridade será vista como legítima com o implemento de, ao menos, duas condições: (a) a ordem normativa precisa ser estabelecida positivamente e (b) os legalmente associados precisam crer na sua legalidade. Em outros termos, há a correção do processo formal para a criação e a aplicação das leis. Por isso, “*a crença na legitimidade desce, portanto, a uma crença na legalidade*”¹⁰⁶. A crítica habermaseana funda-se justamente no fato de a legalidade criar a legitimação somente quando os procedimentos formais foram obedecidos, por isso a legalidade não se legitima por si só, pois o “*positivismo legal requer, em vez disto, um consenso geral, fundamentado numa orientação racional valorativa*”.¹⁰⁷

Neste aspecto, a validade do direito, que tem a pretensão de ser racional, não pode ser destacada de sua validade social determinada pelo grau em que consegue a imposição, a qual deve ser medida pela *resgatabilidade discursiva* de sua pretensão de validade normativa. Esta é a razão pela qual a validade de suas regras independe de sua imposição, ou ao contrário, “*a validade social, com a obediência fática, varia de acordo com a fé dos membros da comunidade de direito na legitimidade*”.¹⁰⁸

Este procedimento necessita da fundamentação para as respectivas normas, ou seja, na própria faticidade social de aceitação discursiva, mediante uma linguagem orientada pelo entendimento. Habermas considera que o consenso racional discursivo é o elemento principal de legitimação das normas jurídicas, necessitando de uma fundamentação racional coletiva de vontades para o sucesso de programas jurídicos concretos, incluindo os problemas do auto-entendimento e da compensação de interesses. Uma vez que o princípio do discurso permeia a validade de qualquer tipo de norma, também depende do assentimento dos destinatários no histórico contrato social celebrado para a sua adequada validade.

A construção de uma sociedade não estruturada na estratificação social, em termos de riqueza, propriedade e conhecimento científico, seja pela detenção dos meios de produção, da ostentação do *status* ou a posse de competência constitui um dos grandes focos de análises e debates acerca da realidade social.¹⁰⁹

¹⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação do capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994. p. 125.

¹⁰⁷ Ibid., p. 127.

¹⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre validade e faticidade. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 50 e p. 190-203.

¹⁰⁹ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

Segundo Florestan Fernandes¹¹⁰, o método baseado no conhecimento científico aspira submeter ao controle racional uma porção de forças sociais que continuariam a atuar cegamente, aprimorando a consciência da existência e modalidades de manifestação social. Deste modo o aprimoramento das investigações sociológicas permite pensar e prever as reações ideológicas das diferentes camadas sociais, pois a “*racionalização do comportamento humano é, de fato, um dos ideais mais consistentes da civilização ocidental*”, na busca incessante de uma nova forma de segurança de tipo racional¹¹¹, como pretende Habermas em seu consenso discursivo.

Disso resulta na constatação acerca da dificuldade de se buscar a racionalidade das forças sociais para aprimorar a legitimação do conteúdo das normas e regras a serem obedecidas pelo corpo social. Se o Estado racional, baseado no contratualismo e legitimado pelo uso da força, adquire contornos cada vez mais científicos e complexos de dominação legal, na medida em que são cada vez mais escassos os bens da vida em uma sociedade de massa.

Para Habermas¹¹² a crise de legitimação do Estado racional “*surge assim que as demandas por tais recompensas cresçam mais rápidas do que a quantidade disponível de valor, ou cresçam expectativas que não podem ser satisfeitas com tais recompensas*”. As expectativas orientadas pelo sucesso material crescem na sociedade ocidental e capitalista, devendo o Estado eleger as suas prioridades para a execução de suas políticas públicas de maneira mais racional possível. Nesse sentido:

Esta reflexão ampara minha tese de que só um rígido sistema sócio-cultural, incapaz de ser marginalmente funcionalizado para as necessidades do sistema administrativo, pode explicar um agravamento das dificuldades legitimantes de uma crise de legitimação. Uma crise de legitimação só pode ser predita se as expectativas que não podem ser cumpridas ou com a disponível quantidade de valor, ou em geral, com recompensas conforme o sistema – sejam produzidas sistematicamente. Uma crise de legitimação, então, precisa ser baseada numa crise de motivação – isto é, uma discrepância entre a necessidade de motivos declarados num Estado, pelo sistema educacional e pelo sistema ocupacional de um lado, e a motivação apresentada pelo sistema sócio-cultural por outro lado.¹¹³

A crise de motivação existente nas sociedades capitalistas contemporâneas, sobretudo as industrializadas, necessita uma análise do sistema sócio-cultural que estruturou a

¹¹⁰ FERNANDES, Florestan. **Elementos de sociologia teórica**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1970.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 261-284.

¹¹² HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação do capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994. p. 96.

¹¹³ *Ibid.*, p. 97-98.

formação do sistema político. Inerente à *ideologia do êxito*, sem a reprodução de equivalentes funcionais na sociedade atual, a cultura burguesa *nunca foi apta a reproduzir-se a partir de si mesma*, uma vez que dependente de suplementação motivada por tradicionais visões de mundo. Essa dimensão é crescentemente suavizada e dissolvida ao longo do desenvolvimento capitalista, na medida em que a base da ideologia burguesa, calcada no individualismo possessivo e na orientação para o êxito, está sendo paulatinamente dominada por mudanças na estrutura social.

Os elementos dominantes da tradição cultural estão perdendo o caráter de visões do mundo: a perda da referência religiosa enquanto norte de auto-reflexão, a supressão da arte clássica burguesa pela ambivalente arte moderna massificada e propagandística, a moralidade e o utilitarismo universalistas, a generalização das normas jurídicas com permissões abstratas aparentemente igualitárias.¹¹⁴

Como já referido anteriormente, a presente investigação busca analisar os fatores que alicerçam a legitimidade do Direito e a necessidade de compreender esta legitimidade desvincilhada da coerção. Neste sentido, parece corrente que, no caso do Brasil, herdeiro da colonialidade histórica no processo de formação da modernidade latino-americana, o contrato social, como metáfora fundadora da racionalidade social e política, os critérios simbólicos da inclusão/exclusão funda a legitimidade desse contrato social.¹¹⁵

O pluralismo de interesses historicamente é analisado sob a ótica do embaraço ao desenvolvimento da cidadania e da democracia. O ordenamento jurídico possui a incumbência de manter, por meio da coerção, as aspirações que se contrapõem aos interesses de grupos dirigentes. Na medida em que o Direito tem ignorado a complexidade das sociedades multiculturais verte-se em mecanismo de justificação de controles sociais em favor das elites que assumiram o controle político do poder. Neste sentido, a coerção é a chave da efetividade do direito, o qual não permite o perfeito diálogo com as demais Ciências Sociais.

Neste aspecto, a crítica de Morin e Kern¹¹⁶ acusa a simplificação massificada das soluções, na medida em que “*os problemas são interdependentes no tempo e no espaço, mas*

¹¹⁴ HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação do capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

¹¹⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1999.

¹¹⁶ MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. Tradução de Pulo Neves. Porto Alegre: Sulina, 2002. p. 151-156.

as pesquisas disciplinares isolam os problemas uns dos outros". A incapacidade de conceber a complexidade da realidade antropossocial na sua microdimensão (ser individual) e na sua macrodimensão (conjunto planetário da humanidade) revela que o direito na busca de sua legitimidade vem afastando-se das realidades comunicantes das heterogeneidades que marcam as sociedades contemporâneas¹¹⁷.

No caso do Direito brasileiro, o obstáculo da sua legitimação pode ser representada pelo fetiche técnico e retórico da coercitividade, verdadeira demonstração do não reconhecimento do pluralismo na multicultural sociedade brasileira, na medida em que o saber jurídico tornou-se científico para maximizar a operacionalidade do direito enquanto instrumento não científico de controle e de transformação social¹¹⁸.

O Direito não pode ser desenvolvido e realizado sob a ótica de uma análise combinatória previamente equacionada pelo legislador. A natureza contingencial das relações jurídicas e a falibilidade da percepção dos sentidos próprios de uma ciência humana impossibilitam a incidência de uma racionalidade pura em busca de uma verdade utopicamente existente.

A crítica ao racionalismo desenvolvida pelas teorias pragmáticas da verdade, sobretudo originária do sistema norte-americano, questiona a pretensão da imutabilidade dos fatos aparentemente verdadeiros, pois a verdade, assim como a realidade, é mutável e não guarda a correspondência necessária com uma experiência anterior, mas com o seu interesse prático e com as razões pessoais de cunho utilitarista.¹¹⁹

4.1.2 A descolonialidade como condição emancipatória dos países periféricos e a subjetividade epistêmica do direito

As circunstâncias históricas permitiram que os países da Europa Ocidental elaborassem a sua própria versão da modernidade e da racionalidade, bem como apropriarem-se com exclusividade da identidade histórico-cultural do Ocidente. Se as novas

¹¹⁷ Além disso, os espíritos particularizados e tecno-burocratas são cegos às inter-retro-ações e à causalidade circular, e consideram com frequência os fenômenos segundo a causalidade linear; percebem as realidades vivas e sociais segundo a concepção mecanista/determinista, válida apenas para as máquinas artificiais. De maneira mais ampla e profunda, há incapacidade do espírito tecno-burocrático tanto de perceber como de conceber o global e o fundamental, a complexidade dos problemas humanos. *Ibid.*, p. 153.

¹¹⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*, p. 165.

¹¹⁹ NICOLÁS, Juan Antonio; FRÁPOLLI, María José. **Teorías de la verdad en el siglo XX**. Tradução de N. Smilg, J. Rodríguez, Maía J. Frápolli e Juan. A. Nicolás. Madri: Editorial Tecnos, 1997. p. 26-43.

potencialidades históricas não alcançaram seu pleno desenvolvimento na América Latina devido ao colonialismo e a colonialidade, bem como a um período no qual a colonialidade é ainda um padrão de relações de poder. De acordo com Quijano¹²⁰:

E nesse mesmo movimento, definiu também os novos elementos materiais e subjetivos que fundaram o modo de existência social que recebeu o nome de modernidade. Em outros termos, a América Latina foi tanto o espaço original como o tempo inaugural do período histórico e do mundo que ainda habitamos. Nesse sentido específico, foi a primeira entidade/ identidade histórica do atual sistema mundo colonial/ moderno e de todo o período da modernidade. No entanto, da sede e do momento de onde surgiu este momento histórico, da fonte original dos elementos básicos da nova sociedade mundial foram despojados o seu lugar central, assim como os atributos e os frutos da modernidade. Desse modo, nem todas as novas potencialidades históricas alcançaram seu pleno desenvolvimento na América Latina, nem o período histórico, nem a nova existência social no mundo chegaram a ser plenamente modernos. Ambos, enfim, se definiram então e se reproduzem hoje como colonial/ modernos. Por quê?

A herança do colonialismo latino-americano nas práticas revela-se no cotidiano de maneira bastante uniforme nos países que vivem essa realidade. A já mencionada crítica formulada por Jessé Souza quanto à visão pouco determinada do *culturalismo atávico* serve para analisar os efeitos da herança hispânica nas práticas sociais brasileiras. Assim como o mercado, a europeização e a descentralização política são igualmente algumas das idiosincrasias nacionais determinantes e merecedoras de uma análise mais sofisticada do colonialismo brasileiro. No caso do Brasil, o Estado institucional em plena formação, a questão étnica e o mercado capitalista sem regulação foram instituições extremamente eficazes para a condução da vida cotidiana, moldando a estrutura patriarcalista e patrimonialista reinante durante séculos.

No entanto, forçoso reconhecer que reside uma identidade histórica que une o Brasil aos seus vizinhos latino-americanos, motivo pelo qual importa a análise acerca da produção histórica da América Latina, a partir da destruição de todo um mundo histórico, sociocultural e demográfico para uma transição paradigmática das práticas jurídicas.

¹²⁰ QUIJANO, Aníbal. Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina. **Revista de Estudos Avançados da USP**, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 9-10, 2005.

Como explica Aníbal Quijano¹²¹ o padrão de poder colonial, moderno, capitalista terminou mundialmente imposta e admitida como a única racionalidade legítima. Como a racionalidade hegemônica, o modo dominante de produção de conhecimento estabeleceu o dualismo radical entre “razão” e “corpo” e entre “sujeito” e “objeto” na produção do conhecimento; tal dualismo radical está associado à propensão reducionista e homogeneizante de seu modo de identificar, sobremaneira na percepção da experiência social, seja em seu contexto histórico, que percebe isolados ou separados os fenômenos ou os objetos e não requer por consequência nenhuma idéia de totalidade, seja na que admite uma idéia de totalidade evolucionista, orgânica ou sistêmica, inclusive a que pressupõe um macrosujeito histórico.

Essa perspectiva de conhecimento, portanto, estaria atualmente em um de seus mais abertos períodos de crise, como o está toda a versão eurocêntrica da modernidade. Por suas características, na história conhecida esse foi o primeiro dos padrões de poder com caráter e vocação global. Nesse sentido, o que agora se chama “globalização” é, sem dúvida, um momento do processo de desenvolvimento histórico de tal padrão de poder, talvez o de sua culminação e de sua transição, resultando em um novo padrão de conflito.

No dizer de Boaventura de Souza Santos, a concepção pós-moderna do direito deve considerar a compreensão da transição epistemológica para a transição societal, ou seja, a passagem da ciência moderna, portadora de uma razão indolente, para um conhecimento prudente para uma vida decente¹²².

Como bem explica Matheus de Carvalho Hernandez, Boaventura de Souza Santos vislumbra a transição de um paradigma dominante (capitalismo, consumismo, autoritarismo, desigualdades, etc) para novos e outros paradigmas, dentre os quais o direito recebe grande foco, principalmente em suas articulações com o poder, por isso o autor coloca o direito como elemento central na configuração e trajetória do paradigma da modernidade ocidental. Por isto

¹²¹ O autor ainda refere que a expressão “mundo” – entendida como a existência social humana articulada em uma específica totalidade histórica, seja ou não “globalizado”, *não se poderia entender por fora do contexto de que é um padrão de poder específico, o que lhe outorga seu caráter de “mundo” ou de totalidade histórica específica, sem o qual qualquer idéia de “globalização” seria simplesmente inútil. De outro modo, resultaria que as redes de comunicação, de informação, de intercâmbio, etc., existem e operam em um tipo de vácuo histórico. Portanto, é teoricamente necessário, não só pertinente, investigar cada uma das atuais áreas de controle da existência social para trazer à luz os sentidos possíveis que a famosa “globalização” tem ou pode ter na experiência.* QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade, poder, globalização e democracia.** Disponível em: <<http://www.educacao.pr.gov.br/arquivos/File02pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2010.

¹²² SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** p. 165-217.

seu objetivo é encontrar, a partir da história, possibilidades do direito para além do direito moderno.¹²³

Nesse contexto, o sistema de exploração social passa a ser representado pelo controle do trabalho, de seus recursos, de seus produtos apoiados profundamente no ordenamento jurídico, ou seja, todos os modos historicamente conhecidos de controle do trabalho ou de exploração, alicerçados num sistema único de produção de mercadorias para o mercado mundial.

Como bem analisado por Eloise da Silveira Petter Damázio¹²⁴, o termo colonialidade é distinto de colonialismo, pois colonialidade é um conceito maleável que opera vários níveis, referindo-se, num primeiro momento, a uma expressão abreviada de matriz de padrão colonial de poder, tornando visível a modernidade. Além disso, colonialidade designa histórias, subjetividades, formas de vida, saberes e subjetividades colonizadas, a partir dos quais surgem as respostas descoloniais. Se por um lado a colonialidade é a cara invisível de modernidade é também, por outro lado, a energia que gera a descolonialidade, de modo que a expressão modernidade/colonialidade aponta para a coexistência da retórica salvacionista da modernidade com a lógica de exploração, controle, manipulação (conversão, civilização, desenvolvimento e modernização, democracia e mercado).

Como resultado, foi classificada a população da América e, posteriormente, das demais regiões do planeta, a partir desse novo padrão de poder, sendo que a perspectiva de superioridade/inferioridade além de estar na base do conceito de superioridade étnica, também implica a superioridade epistêmica, na medida em que o conhecimento produzido pelo homem branco é geralmente qualificado como científico, objetivo e racional, enquanto que aquele produzido por homens ou mulheres de outras raças seria mágico, subjetivo e irracional.

¹²³ CARVALHO, Hernandez, Matheus de. **Boaventura de Sousa Santos e o direito pós-moderno**: uma tentativa de: <compreensão de seu des-pensamento. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventuramateus.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2011. Hernandez analisa que Boaventura prossegue em suas “escavações” até chegar aos contratualistas, nos quais ainda era possível se observar a tensão regulação-emancipação. Cabe explicitar que para o autor existe uma relação e uma inter-relação estreita entre ciência e direito na modernidade, tanto em suas ascensões, manutenções e crises. Isto é importante ressaltar, pois as teorias do contrato social retiraram justamente sua pretensão de universalidade jurídica e política da pretensão de verdade, típica da ciência moderna.

¹²⁴ Os conceitos de descolonialidade e de interculturalidade possibilitam, portanto, o questionamento da universalidade do conhecimento científico que impera nas ciências sociais e no direito, na medida em que não capta a diversidade e a riqueza da experiência social nem as alternativas epistemológicas contrahegemônicas e descoloniais que emergem dessa experiência. DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. **A descolonialidade e interculturalidade epistemológica dos saberes político-jurídicos**: uma análise a partir do pensamento descolonial. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/viewFile/24/18>>. Acesso em: 19 fev. 2011.

Com essa dimensão, a colonialidade epistêmica ou do saber, não apenas estabelece o eurocentrismo como perspectiva única de conhecimento, mas também descarta as outras produções intelectuais, porquanto a diferença colonial epistêmica parte de uma pressuposição situada sobre um julgamento antecipado de que os legados de línguas e pensamentos não europeus são de algum modo deficientes, por isso, os denominados conhecimentos subalternos foram excluídos, omitidos, silenciados ou ignorados ao longo da história da humanidade.

Na América, tendo em vista a magnitude da destruição as relações entre os novos sistemas de dominação e de exploração iniciaram pela classificação social da população. Dessa forma, em razão do lugar dominante do capital nas tendências básicas do novo sistema, este teve desde o início, como tem hoje, o caráter capitalista baseado na centralização do capital.¹²⁵

A exploração social do trabalho humano como a estratificação embrionária de um complexo sistema de dominação que se amoldou ao longo dos séculos na América latina, sobretudo no Brasil, permitindo a formação do fenômeno da europeização de uma sociedade que visa “civilizar-se” em conformidade com os padrões da Europa central¹²⁶.

Como alerta Walter D. Mignolo¹²⁷, a identidade em política é crucial para a opção descolonial, uma vez que, sem a construção de teorias políticas e a organização de ações políticas fundamentadas, o padrão atual de poder perpetua-se, pois as identidades construídas pelos discursos europeus modernos nada mais são do que mera continuidade de práticas seculares, por isso a identidade em política é a única maneira de pensar descolonialmente. Daí porque:

A opção descolonial é epistêmica, ou seja, ela se desvincula dos fundamentos genuínos dos conceitos ocidentais e da acumulação de conhecimento. Por desvinculamento epistêmico não quero dizer abandono ou ignorância do que já foi institucionalizado por todo o planeta (por exemplo, veja o que acontece agora nas universidades chinesas e na institucionalização do conhecimento). Pretendo substituir a geo- e a política de Estado de conhecimento de seu fundamento na

¹²⁵ QUIJANO, Aníbal. Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina. **Revista de Estudos Avançados** da USP, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 20-21, 2005.

¹²⁶ “O brasileiro se transveste de “civilizado”, conferindo um sentido àquela frase ainda hoje utilizada por todo brasileiro, civilizando-se “para inglês ver”. Existe, na realidade como vimos, toda uma do “inglês para ver”, que se nutre na idéia de que o processo de absorção da modernidade européia no Brasil é um verniz, uma aparência, ou no melhor dos casos uma primeira epiderme.” SOUZA, Jessé. A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. p. 213.

¹²⁷ MIGNOLO, Walter D. Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política. **Cadernos de Letras da UFF – Dossiê: Literatura, língua e identidade**, Rio de Janeiro, n. 34, p. 287-324, 2008.

história imperial do Ocidente dos últimos cinco séculos, pela geo-política e a política de Estado de pessoas, línguas, religiões, conceitos políticos e econômicos, subjetividades, etc., que foram racializadas (ou seja, sua óbvia humanidade foi negada). Dessa maneira, por “Ocidente” eu não quero me referir à geografia por si só, mas à geopolítica do conhecimento. Conseqüentemente, a opção descolonial significa, entre outras coisas, *aprender a desaprender*, já que nossos (um vasto número de pessoas ao redor do planeta) cérebros tinham sido programados pela razão imperial/ colonial.¹²⁸

Seriam, portanto, relações, processos e estruturas polarizadas em termos de integração e acomodação, assim como de fragmentação e contradição, envolvendo sempre as condições e as possibilidades de soberania e hegemonia. As realidades sociais, como mencionado, passaram a ser influenciadas pelos movimentos e pelas configurações do globalismo, com suas articulações, integrações, tensões e contradições, envolvendo uns e outros, organizações e instituições, ou as mais diversas realidades sociais. O globalismo pode aparecer mais ou menos decisivamente no modo pelo qual se movem indivíduos e coletividades neste novo contexto.

Por isso, o fenômeno da colonialidade e globalidade no novo padrão de poder merece análise a partir da categoria raça que se apresentava como o critério universal e básico de classificação social, sendo o primeiro sistema global de dominação e classificação social historicamente conhecido, de modo que a colonialidade era o traço central do novo padrão de poder que foi produzido na América, fundada numa aparente globalidade.

Estes circunstâncias resultam de seus problemas fundamentais decorrentes da colonialidade, por isso, pode-se afirmar que a identidade, a modernidade, a democracia, a unidade e o desenvolvimento, como antes referido, esses imaginários povoam hoje o imaginário latino-americano para a continuidade ou sobrevivência do próprio processo de produção da identidade latino-americana.¹²⁹

Em razão disso, como afirmado no capítulo anterior, a colonialidade e a formação da modernidade e da identidade latino-americanas partem da premissa que a América historicamente concebe a ideologia eurocêntrica sobre a modernidade como uma verdade universal. A colonialidade do poder implicava e ainda implica na invisibilidade sociológica

¹²⁸ “O pensamento descolonial é a estrada para a pluri-versalidade como um projeto universal. O Estado pluri-nacional que os indígenas e os afros reivindicam fica nos Andes, é uma manifestação particular do maior horizonte de pluri-versalidade e o colapso de qualquer universal abstrato apresentado como bom para a humanidade inteira, sua própria *similaridade*. Isto significa que a defesa da similaridade humana sobre as diferenças humanas é sempre uma reivindicação feita pela posição privilegiada da política de identidade no poder.” Ibid., p. 287-324.

¹²⁹ QUIJANO, Aníbal. Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina. **Revista de Estudos Avançados da USP**, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 20-21, 2005.

dos não-europeus, vale dizer, da esmagadora maioria da população americana, mediante o aniquilamento da sua subjetividade e identidade histórica.

4.2 A redescoberta da sociedade civil latino-americana e o descumprimento das metas emancipatórias

A América Latina, portanto, apresenta-se como um campo propício para a continuidade da dependência política, cultural e econômica em relação aos países centrais, fazendo-se necessária a implementação de um projeto histórico, aberto e heterogêneo para a produção de uma identidade latino-americana. Aos novos atores da sociedade latino-americana, portanto, cumpre intensificar a relevância dos espaços de participação e redefinir o papel desta sociedade civil no desempenho das políticas sociais para a emergência de novas institucionalidades e a multiplicação de formas de representatividade na América Latina para a constituição de uma sociedade democrática e igualitária.

4.2.1 As mudanças no caráter estratégico da ação coletiva no processo de expansão da esfera pública

Por não estarem consolidadas a rearticulação econômica e a transição democrática nos países latino-americanos, são percebidas mudanças estratégicas de identidade e cultura política nos países colonizados, motivos pelos quais Krischke¹³⁰, como referido, analisa as mudanças estratégicas e as mudanças de identidade e sua relação com as mudanças estratégicas, principalmente entre os novos atores sociais e, por fim, a dimensão cívico-cultural da ação coletiva.

De qualquer forma, paulatinamente o debate deslocou-se para registros mais pragmáticos, de modo que hoje o teor da discussão salienta: o potencial de sinergia nas relações Estado-sociedade, a relevância dos novos espaços de participação, o papel da sociedade civil no desempenho das políticas públicas, a emergência de novas institucionalidades e a multiplicação de formas inéditas de representatividade. Deste modo, o

¹³⁰ KRISCHKE, Paulo. **Aprendendo a democracia na América Latina**: atores sociais e mudança cultural. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

esgotamento da agenda dos anos 1990 ocorreu “sem pena nem glória”, sem uma adequada produção de seus balanços na visão de Lavallo.¹³¹

Como salientado anteriormente, a maioria dos atores sociais combina orientações e ações estratégicas e de identidade na busca pela participação social e pelo desenvolvimento e expansão da esfera pública. Este processo se dá por intermédio da orientação dos atores para a globalização e a universalização dos valores da democracia por meio de pautas de comunicação, normas e comportamentos democráticos. Na América Latina, a essas ações coletivas agregam-se outros ligados aos princípios da felicidade e da auto-realização.

Em suma, muitas das ‘grandes’ teorias políticas e sociais sobre a modernização e a democratização mantêm supostos implícitos, e não demonstrados, acerca dos processos sócio-políticos de aprendizado que acompanham a mudança da sociedade e das instituições. Seria necessário “desmontar” essas teorias para constatar em que medida o estudo do aprendizado político confirma, modifica ou invalida esses supostos. Por exemplo, os estudos da cultura política geralmente referem a várias agências de socialização política (igrejas, escolas, família, mídia, grupos de idade, etc.) que seriam responsáveis pela diversidade entre as culturas e sub-culturas políticas. Assim, Inglehart (1997) atribui a tendência atual ao “pós-materialismo” entre a juventude à influência crescente da mídia (e a outros fatores econômicos e tecnológicos da “pós-modernização”). Em contraposição, afirma-se que a religião, a família e a escola estão perdendo a sua anterior centralidade nos processos de socialização. Mesmo reconhecendo a importância dessas mudanças, pouco se sabe sobre como e porque afetam a socialização política. Em outras palavras: como o *deus ex machina* da modernização/pós-modernização modifica a socialização e o aprendizado político?¹³²

A heterogeneidade histórico-estrutural, a co-presença de tempos históricos e a existência social de várias procedências históricas são o principal modo de existência e de movimento de toda sociedade, sem a inautenticidade de uma visão eurocêntrica de homogeneidade. As formas heterogêneas de existência social são produzidas em tempos históricos diferentes e em espaços distantes¹³³.

¹³¹ LAVALLO, Adrián Gurza. **Sem pena nem glória**: o debate sobre a sociedade civil nos anos 1990. Disponível em: <www.cebrap.org.br/imagens/Arquivos/SemPenaNemGloria_NovosEstudos.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2009.

¹³² KRISCHKE, Paulo. **Aprendendo a democracia na América Latina**: atores sociais e mudança cultural. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p. 04.

¹³³ “Por sua natureza, a perspectiva eurocêntrica distorce, quando não bloqueia, a percepção de nossa experiência histórico-social, enquanto leva, ao mesmo tempo, a admiti-la como verdadeira. Opera, pois, no mundo de hoje, e em particular na América Latina, do mesmo modo como a “cavalaria” atuava na visão de Dom Quixote. Conseqüentemente, nossos problemas também não podem ser percebidos senão desse modo distorcido, nem confrontados e resolvidos salvo também parcial e distorcidamente. Dessa maneira, a colonialidade do poder faz da América Latina um cenário de des/encontros entre nossa experiência, nosso conhecimento e nossa memória histórica. QUIJANO, Aníbal. Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina. **Revista de Estudos Avançados da USP**, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 13-14, 2005.

Como salientado Lavallo¹³⁴, portanto, o retorno à Sociologia situa-se na redescoberta da sociedade civil no contexto intelectual latino-americano, preocupado com as injustiças sociais, devendo-se traçar uma agenda estratégica aos países latino-americanos por intermédio da modernização pela via política e pela via da ação social direcionada para o desenvolvimento de valores universais e de políticas públicas realmente emancipatórias, em um sistema globalizado em que se modificam radicalmente as condições sob as quais se desenvolvem a teoria e a prática das políticas públicas, o que significa a emergência e dinâmica de grupos sociais, classes, tensões e lutas em escala transnacional.¹³⁵

Este passado histórico brasileiro apresenta-se como um quadro social ideal para a continuidade da dependência econômica e cultural aos países centrais em razão da colonialidade institucionalizada na identidade latino-americana. Neste sentido, a efetivação de valores da democracia universalmente aceitos para a continuidade ou a sobrevivência do próprio processo de produção da identidade latino-americana demanda a elaboração de uma agenda estratégica bem delimitada para o alcance da modernidade em atendimento às suas idiosincrasias históricas.

Na atualidade, grande parte dos atores sociais busca orientações e ações estratégicas voltadas para a participação social e para o desenvolvimento e expansão da esfera pública. A possibilidade de consolidação da democracia nos países latino-americanos passa pela formação e desenvolvimento de uma cultura cívica calcada no processo de orientação dos atores para a globalização e a universalização dos valores da democracia, de pautas de comunicação, normas e comportamentos efetivamente democráticos.

Aos princípios universalizantes da igualdade, da liberdade e da soberania nacional na América Latina estão agregados, como bem foi salientado por Paulo Krischke, outros relacionados aos princípios da felicidade e da auto-realização. Dentro de um contexto complexo de globalização, as articulações, integrações, tensões e contradições terminam por atingir com maior intensidade os países dependentes do histórico sistema da colonialidade do poder.

¹³⁴ LAVALLO, Adrián Gurza. **Sem pena nem glória**: o debate sobre a sociedade civil nos anos 1990. Disponível em: <www.cebrap.org.br/imagens/Arquivos/SemPenaNemGloria_NovosEstudos.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2009.

¹³⁵ IANNI, Octavio. O príncipe eletrônico. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 21, 1998, Caxambú. **GT 19 - teoria social**. Disponível em: <<http://mail.view=att&th=11ce146ef89edb2e&attid=0.3&disp=attd&>>. Acesso em: 10 dez. 2008.

A adoção de medidas anti-sistêmicas não representam, na atualidade, a tomada de medidas revolucionárias visando uma luta de classes ou a manutenção da soberania estatal, como ocorreu com os movimentos sociais e os movimentos nacionais na América Latina. Hoje prevalecem medidas estratégicas bem delimitadas de atuação no plano político e no plano cultural dos novos atores sociais visando a “descolonialidade do poder” diante da hegemonia política, econômica e cultural num complexo sistema capitalista globalizado.

Definitivamente instaladas essas estratégias visam o cumprimento das metas emancipatórias de redução das mazelas sociais e a concretização princípio da auto-realização, com a internalização de regras seguras e legitimadas socialmente, a partir do agir comunicativo e da compreensão e de resolução de múltiplos problemas locais. Para Pastorini¹³⁶

As políticas sociais podem ser classificadas como concedidas pelo Estado e conquistadas pelos setores subalternos, mas o termo ‘concessão-conquista’ se refere a “uma relação entre quem concede” e “quem conquista”, ou seja, o Estado e as classes subalternas. A situação, na realidade, é mais complexa, pois o Estado também ‘conquista’ e as classes subalternas igualmente ‘concedem’, pois *As classes dominantes, por sua vez, ‘concedem’ recursos e os setores subalternos ‘concedem’, em troca, aceitação da ordem sociopolítica e econômica, ao mesmo tempo que contribuem para a perpetuação de produção, exploração etc.*

Neste aspecto, como já referido anteriormente, parte-se da premissa que a reprodução das normas jurídicas brasileiras, ainda que democráticas, não se coaduna com os interesses dos mais variados campos da vida social, sobretudo em relação à população excluída do campo de proteção do estado. De qualquer forma, essa reprodução interna da desigualdade, cuja lógica encontra correlato com a reprodução das desigualdades no âmbito internacional, alicerça-se em mini-racionalidades múltiplas e fragmentadas, representativas da resistência às desigualdades intensificadas na pós-modernidade. Por isso as estratégias propostas conduzem à conclusão que quanto mais global for o problema, mais locais e mais multiplamente locais devem ser as soluções.¹³⁷

¹³⁶ PASTORINI, Alejandra. Quem mexe os fios das políticas sociais? avanços e limites da categoria concessão-conquista. **Serviço Social e Sociedade**, São Paulo, v. 1, n. 53, 1997. p. 80-91.

¹³⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1999.

4.2.2 A legitimidade social do Direito e o resgate discursivo original com a assunção da Teoria Crítica

A efetiva implantação de um Estado emancipador deve servir como norte de compreensão e atuação do Estado historicamente racional. A ciência social, portanto, deve ser concebida como instrumento indispensável para a derrubada das desigualdades sociais, por isso a imprescindibilidade da redefinição do papel do Estado, sobretudo nos países semi-periféricos como o Brasil. A implementação de um Estado fortalecido e comprometido com um novo modelo organizacional (projeto emancipatório) impende a aplicação de políticas autênticas, desvincilhadas de um consenso racional de justificação das práticas públicas pré-concebidas, como forma de retomada do consenso original e de superação da crise interna e global da (ir) racionalidade, visando uma concepção pós-moderna do direito.

A dominação racional estruturada na crença acerca da legitimidade das ordens e comandos estatuídos por indivíduos que estão nomeados para exercer a dominação, sob o ponto de vista social, homenageia o formalismo exagerado e universalista, sem maiores apreciações particulares, inserida numa burocracia de massa previamente direcionada para a obediência às ordens emanadas, somente legítimas, pois procedimentalmente vigentes em obediência às regras puramente formais.

Avulta-se, dessa forma, a necessidade de uma virada reflexiva do Estado em suas relações internas e externas, não só pelo crescente ocultamento das singularidades locais dos países periféricos que sofrem os consectários da (ir)racionalidade global da pós-modernidade, mas, sobretudo pela emergência de um resgate do consentimento discursivo para a pretensão de validade normativa, pois a validade das regras emanadas pelo Estado depende da validade social habermasiana, alicerçada na faticidade social de aceitação discursiva, mediante uma linguagem orientada pelo entendimento discursivo voltado para novos referenciais éticos de atuação de um Estado verdadeiramente social e de providência, uma vez que a instrumentalização inautêntica das políticas públicas distancia-se do norte transformador de uma nova realidade visando à formação de Estado igualitário, pois, tradicionalmente, o Estado é concebido como instrumento de manutenção e de contenção aos inovadores referenciais éticos pautados na solidariedade social.

A realidade empírica da fenomenologia social enfrentada pelo investigador encontra-se umbilicalmente ligada às proposições apresentadas na presente pesquisa, pois o

enfrentamento das situações de conflito havidas em uma determinada sociedade, em que reclamada intervenção judicial, não pode restringir-se na aplicação de normas cuja legitimidade funda-se tão-somente no poder de coerção do Direito, como antes mencionado, a partir da matriz sistêmica proposta por Hans Kelsen.

A presente investigação parte da premissa de que realmente todo conhecimento é de interesse social e destinado ao social, ainda que visto sob uma perspectiva individual, por isso a ciência não deixa de ser uma prática social, na medida em que o conhecimento científico é realizado por um esforço social complexo (práticas, reproduções, historicidade, trajetórias do sujeito, etc.), de modo que o conhecimento científico é obtido igualmente pelo trabalho de muitos artífices em uma interação do sujeito investigador com o mundo social que o cerca.¹³⁸

Se no exercício do poder pressupõe-se uma troca desigual entre a coletividade, supostamente representada pelos comandos normativos gerais e abstratos, e o indivíduo ou a comunidade, colocado (a) em uma posição de dissidência, a busca pela legitimidade num determinado contexto de tempo e de espaço, deveria ser uma preocupação constante para aqueles que assumem uma conduta reflexiva ou mesmo revisionista da legitimidade do Direito na sociedade desigual e culturalmente heterogênea no grande espaço continental brasileiro.

O aprofundamento deste estudo, como já mencionado alhures, perpassa pela análise das teorias sociais, pois parece assente o entendimento de que o estudo do Direito, sobretudo no Brasil, ainda que considerada como uma verdadeira ciência, não fornece as respostas para este complexo jogo de relações sociais.

Na definição de Boaventura de Souza Santos¹³⁹, “*o direito é um corpo de procedimentos regularizados e de padrões normativos, considerados justificáveis num dado grupo social, que contribui para a criação e prevenção de litígios, e para a sua resolução através de um discurso argumentativo, articulado com a ameaça de força*”.

No caso, a epistemologia crítica constitui viés necessário para a compreensão acerca dos tópicos envolvendo a racionalidade jurídica, a legitimidade social do Direito e o reconhecimento da racionalidade local como condição epistêmica para o alcance daquilo que Boaventura de Souza Santos considera de *metas emancipatórias*, por isso a *resgatabilidade discursiva* orientada pelos entendimentos democráticos generalistas, tal como preconizado por

¹³⁸ CHALMERS, Alan. **O que é ciência?** São Paulo: Brasiliense, 2000.

¹³⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000. p. 290.

Habermas, bem como a proposição *boaventurista* acerca da *racionalidade local*, como formas distintas de legitimação do Direito, sintetizam as duas visões acerca da legitimidade e da racionalidade do sistema jurídico e representam um guia bastante distinto para uma projeção dentro da realidade brasileira.

A tradição metodológica herdada do positivismo para a estruturação da pesquisa exploratória vem sendo relegada quando o campo de investigação envolve as ciências humanas. A mensuração ou lógica puramente causal-objetiva não apresentam soluções satisfatórias para a explicação da fenomenologia social, por isso subsistem as várias possibilidades de conceber a relação sujeito/objeto¹⁴⁰.

A incompatibilidade da explicação da complexa fenomenalidade humana pelo bem sucedido paradigma positivista forjado para a explicação das ciências exatas redundou na compreensão contemporânea de um pluralismo epistemológico de tradição positivista: o referencial teórico-metodológico funcionalista (identificação objetiva das relações funcionais articuladas no interior da sociedade) e o referencial teórico-metodológico estruturalista (análise das oposições, ausências e presenças a partir da fenomenalidade empírica como objeto de investigação de um todo estruturado em relações sincrônicas).¹⁴¹

Se todo conhecimento é necessariamente uma interpretação que o sujeito realiza a partir das expressões simbólicas das re-produções humanas existentes na sua historicidade, o positivismo e o materialismo histórico já não mais fornecem bases epistemológicas seguras. A interpretação dos fenômenos sociais da atualidade multifacetada, multicultural e desvestida de linearidade lógica requer outra proposição explicativa em lugar das generalizantes de tais fenômenos.

No dizer de Honneth¹⁴², o grande equívoco do positivismo é o de tentar justificar as ciências apenas num nível metodológico, desvinculando-as tanto da consciência de suas raízes essencialmente societárias, quanto do conhecimento de seus objetivos práticos. A ótica positivista permitiu que as ciências aparecessem como uma empresa pura, totalmente

¹⁴⁰ No caso das pesquisas realizadas no âmbito das Ciências Naturais, há praticamente um único paradigma teórico-metodológico, que é aquele representado pelo positivismo, coetâneo à constituição da ciência. Mas no caso da pesquisa em Ciências Humanas, além desse paradigma originário, constituíram-se paradigmas epistemológicos alternativos, donde se falar hoje de *pluralismo paradigmático*. Isso porque ao tentar compreender/explicar cientificamente o que é o homem em sua especificidade, os pesquisadores se deram conta de que há várias possibilidades de como se conceber a relação sujeito/objeto, podendo-se ter também várias formas de compreensão/explicação do modo de ser do homem. SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Cortez, 2009. p. 108.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² HONNETH, Axel. **Teoria crítica**. In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan (Org.). **Teoria social hoje**. São Paulo: Ed. da Unesp, 1999.

desvinculada de interesses práticos, por isso a expressão “Teoria Tradicional” significa a tradição do cientificismo que atravessou todo o período da modernidade.¹⁴³

A Teoria Crítica, “*ciente de seu contexto social de origem, assim como do seu contexto de aplicação prática*”¹⁴⁴, tomou como consideração a possibilidade da construção de uma análise social interdisciplinar para a compreensão da fenomenologia social. Releva as ponderações a partir da investigação das bases históricas e das finalidades dos atos praticados pela sociedade. Pretende-se, portanto, uma tese propositiva fundamentada em conceitos teóricos distintos, justamente porque, de acordo com Ianni¹⁴⁵ “*as teorias distinguem-se, entre outros aspectos, precisamente porque conferem ênfase diversa aos momentos lógicos da reflexão*”.

Nesse contexto, indispensável a compreensão da reciprocidade sujeito/objeto enquanto ação histórica e social, guiada por uma intenção/desejo para a obtenção de um sentido. Este procedimento visa à construção de uma sociedade representada por comandos jurídicos que primam pelas aspirações sociais em contraposição aos paradigmas pautados na supremacia do objeto na constituição do conhecimento. Na visão de Florestan Fernandes (1980), o sentido e a finalidade das ações coletivas são apreensões do sujeito-investigador que procura organizar adequadamente suas idéias na busca de uma *adequação de sentido* que se apresenta como fundamento de uma conduta para o ator ou o observador.

O discurso ligado diretamente ao sujeito não é considerado apenas como um produto ligado a uma situação interativa específica, pois de acordo com Guareschi¹⁴⁶, reproduz a existência de discursos mais amplos que circulam na esfera social como repertórios interpretativos. Por intermédio deles, o indivíduo está ligado ao corpo social, pois ao buscar

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ HONNETH, Axel. **Teoria crítica**. In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan (Org.). **Teoria social hoje**. São Paulo: Ed. da Unesp, 1999. p. 509.

¹⁴⁵ “São vários os momentos lógicos da reflexão sociológica, se pensarmos em termos de aparência e essência, parte e todo, singular e universal, qualidade e quantidade, sincrônico e diacrônico, histórico, e lógico, passado e presente, sujeito e objeto, teoria e prática. Mas as teorias não os mobilizam sempre nos mesmos termos de modo similar, homogêneo. Aliás, as teorias distinguem-se, entre outros aspectos, precisamente porque conferem ênfase diversa aos momentos lógicos da reflexão. Há conceitos sociológicos que são comuns a várias teorias. As vezes, o objeto é concebido de maneira semelhante. Mas a interpretação pode não ser precisamente a mesma. E quando a interpretação se revela diversa, logo se constata que a importância relativa dos momentos lógicos da reflexão não é exatamente a mesma. Nesse sentido é que as teorias podem ser mais ou menos distintas, distantes ou opostas.” IANNI, Octávio. **A crise de paradigmas na** : problemas de explicação. 2009. p. 03-4. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_13/rbcs_13_05.htm>. Acesso em: 13 abr. 2009.

¹⁴⁶ GUARESCHI, Pedrinho A. Pressupostos metafísicos e epistemológicos na pesquisa. **Revista Psicologia: Reflexão e Crítica**, Porto Akegre, v. 16, n. 2, p. 245-255, 2003.

os objetivos propostos, o indivíduo utiliza estruturas discursivas existentes na linguagem que surgem da relação interpessoal¹⁴⁷.

Por isso tudo, realmente a prática social retoca o papel do sujeito como um construtor de uma realidade, ao mesmo tempo de sujeito falante que é transformado em sujeito constantemente falado pelos micro-discursos decorrentes. Em razão disso, adotou-se o paradigma hermenêutico-dialético como referencial teórico-metodológico, pois parte-se do pressuposto que todo conhecimento é necessariamente uma interpretação que o investigador realiza a partir das expressões simbólicas das produções humanas e dos símbolos culturais.

Nesta acepção, o paradigma hermenêutico pressupõe que a realidade humana se manifesta sob uma dimensão simbólica responsável pela especificidade do existir dos homens, tanto individual como coletivamente¹⁴⁸. A dialética parte da concepção que o desenvolvimento histórico não é uma evolução linear, posto que a história é sempre um processo complexo em que as partes estão articuladas entre si de maneiras diferenciadas da simples sucessão e acumulação. As mudanças no seio da realidade humana ocorrem seguindo uma lógica de contradição e não de identidade, na medida em que a história se constitui por uma luta de contrários.

Esta é eminentemente uma interação social que vai se formando ao longo do tempo histórico, *“guiada por uma intencionalidade que lhe dá um sentido, uma finalidade intimamente relacionada com a transformação das condições de existência da sociedade humana”*.¹⁴⁹ Ademais, umbilicalmente ligado ao mencionado acima, situa-se o pressuposto de que o conhecimento intrínseco é igualmente representado pela reciprocidade sujeito/objeto.

Uma das grandes contribuições das Ciências Sociais para com os ramos das ciências jurídicas reside na compreensão de que os próprios conteúdos estruturam-se em tornos de projetos, preconceitos e dominações sociais que devem ser estudados em um contexto não somente temporal e histórico, mas, sobretudo dentro de um contexto espacial, interno e externo¹⁵⁰, de modo que a análise da conjuntura internacional para a abordagem da

¹⁴⁷ “Ao iniciarmos uma pesquisa temos de ter uma posição diante dessa problemática. Se me coloco à mercê de “fluxos”, sem possibilidade de “ancorá-los”, corro o risco de ser tragado pela correnteza. Por mais que o fenômeno – “fainein” em grego é mostrar-se – seja algo sempre incomensurável, inabarcável, inatingível, nunca compreendido em sua totalidade, ele necessita, contudo, de um lugar e um sujeito para ser ancorado. Ibid., p. 245-249.

¹⁴⁸ SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Cortez, 2009.

¹⁴⁹ Ibid., p. 116.

¹⁵⁰ FOUREZ, Gérard. **A construção das ciências**. São Paulo: UNESP, 1995.

problemática igualmente perpassa o plano internacional, objeto de investigação do próximo capítulo.

5 A TRANSNACIONALIZAÇÃO DA CIDADANIA E A RUPTURA DE FRONTEIRAS: AS RAZÕES DE TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS UNIVERSAIS

Neste tópico, pretende-se investigar o Direito como uma verdadeira Ciência Social, por isso a assunção de novas políticas emancipatórias calcadas no Federalismo e na autonomia normativa dos Estados. Neste ínterim, será analisada a questão envolvendo a transição epistemológica à transição societal do Direito na visão de Boaventura de Souza Santos, bem como a formação de poderes específicos em cada espaço estrutural e a impossibilidade do consenso discursivo generalizante, sobretudo em relação à sociedade brasileira, fortemente caracterizada pelo multiculturalismo, pois a soberania nacional igualmente sofre com a problemática da desregulação patrocinada pela legislação externa, muitas vezes contrária aos ditames constitucionais, pois a concepção clássica de Constituição, como um pacto fundador e legitimador da organização dos Estados soberanos, vem sofrendo profundas modificações com o fenômeno da mundialização.

5.1 A racionalização mundial e a uniformização dos padrões coletivos de comportamento

Consolidou-se, dessa forma, a aparente incapacidade dos postulados clássicos do constitucionalismo em resolver os problemas políticos oriundos da crescente complexidade das relações jurídicas transnacionais, compelindo os Estados a buscarem força na unidade, mas não perdendo de vista o modelo neoliberal da *meritocracia* calcada na exclusão dos países emergentes em prol de um liberalismo cívico e competitivo dos países industrializados.¹⁵¹ Nesse contexto, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional surge com o propósito primordial de erradicar a impunidade dos violadores dos direitos humanos, enquanto direitos e valores sociais reconhecidamente universais. Entretanto, o Estatuto de Roma, promulgado pelo Brasil, estabeleceu como um de seus princípios norteadores de atuação a complementaridade da jurisdição, atrelando-se oficialmente às concepções clássicas da supremacia jurisdicional dos Estados efetivamente soberanos.

¹⁵¹ GIDDENS, Anthony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 109-39.

5.1.1 A universalização do bem comum e a padronização do arranjo discursivo no plano internacional

As transformações sociais experimentadas pela humanidade com a generalização e a uniformização dos trâmites da comunicação, das ciências, das cadeias produtivas e da circulação de riquezas culminaram, após o término da guerra fria e a bipolarização de forças entre EUA e URSS, na inevitável ocidentalização do mundo sob a égide de uma economia capitalista globalizada. A expressão *globalização*, na realidade, traduz, essencialmente, o giro econômico mundial da expansão mercadológica.

No entanto, a humanidade convive com um fenômeno igualmente global, mas de cunho mais abrangente, ou seja, a própria mundialização do modo de vida dos homens, pois universaliza-se os hábitos, os padrões, os comportamentos, os costumes, os direitos, enfim, lida-se também com a homogeneização cultural e política do planeta.

O valor atribuído à pessoa como fundamento dos direitos humanos conquistados ao longo da história da humanidade culminou na evolução do Estado absolutista para o Estado de Direito, caracterizada, sobremaneira, pela contenção do abuso do poder exercido pelo Estado e pelas maiorias em relação às minorias ou à pessoa individualmente considerada.

A necessidade constante de positivação das declarações de direitos inspiraram o constitucionalismo como instrumento inafastável de estabilização social entre os indivíduos, bem como entre estes e o Estado. E é a perspectiva global do desenvolvimento econômico e social da humanidade, a partir da auto-realização mundial, surge como um novo *ethos* reflexivo para a busca de uma verdadeira *racionalização do mundo da vida* calcada em verdadeiros discursos moralizantes, pretensamente pós-metafísicos, como forma de legitimação do Direito contemporâneo voltado para o ideário clássico de bem-comum, em uma espécie de *arranjo comunicativo* de discursos racionais, buscando o assentimento do maior número de participantes de uma suposta mesma cena global.¹⁵²

Por isso, a perspectiva de uma *constelação pós-nacional* representa um desafio político diante da iminente formação de uma sociedade mundial de integração cultural das populações historicamente heterogêneas. As fronteiras nacionais sempre propiciaram os ideais de soberania territorial dos Estados, a identidade coletiva e a legitimidade da democracia

¹⁵² Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre validade e faticidade. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 116-68.

interna, representando um instrumento de proteção dos países frente a violações ou ingerências estrangeiras.¹⁵³

Mas a constatação do enfraquecimento do Estado, sobretudo na sua clássica concepção: população, território, governo e soberania, redimensionou as noções de espaço e tempo, já que a expansão dos avançados aparatos tecnológicos de comunicação de massa possibilita o acesso imediato de informações em praticamente qualquer local do globo terrestre, erigindo o internacionalismo como o elemento propulsor dos impedimentos do isolacionismo estatal, porquanto a unidade revela o natural interesse nos acontecimentos ocorridos em qualquer Estado do planeta. Essa planetarização sistemática, portanto, imprime profundas mudanças nas perspectivas de ativismo dos governos e das organizações transnacionais, buscando uma *pluralidade de gestão*¹⁵⁴ fundada em uma gerência uniforme dos acontecimentos globais.

A unidade dos seres humanos comprovada pelo avanço das ciências ligadas à biologia e à antropologia propiciou a *hominização*¹⁵⁵ e a natural miscigenação dos seres humanos, conferindo-lhes definitivamente uma identidade comum. Essa formatação homogênea conduziu a humanidade para a universalização de seus interesses fundamentais, consubstanciados, basicamente, na sobrevivência da espécie, no pleno exercício da cidadania e no fomento ao bem-estar social, muito embora a diversidade multicultural dos povos. Conforme Norberto Bobbio:

Os direitos do homem, que tinham sido e continuam a ser afirmados nas Constituições dos Estados particulares, são hoje reconhecidos e solenemente proclamados no âmbito da comunidade internacional, com uma conseqüência que abalou literalmente a doutrina e a prática do direito internacional: todo indivíduo foi elevado a sujeito potencial da comunidade internacional, cujos sujeitos até agora considerados eram, eminentemente os Estados soberanos. Desse modo, o direito das gentes foi transformado em direito dos gentes e dos indivíduos; e, ao lado do direito internacional como direito público externo, o *ius publicum europaeum*, está crescendo um novo direito, que poderemos chamar, com as palavras de Kant, de “cosmopolita”, embora Kant o limitasse ao direito de todo homem a ser tratado como amigo, e não como inimigo, qualquer que fosse o lugar onde estivesse, ou seja, ao direito (como ele dizia) de ‘hospitalidade’. Contudo, mesmo com essa limitação, Kant via no direito cosmopolita não ‘uma apresentação fantástica de mentes exaltadas’, mas uma das condições necessárias para a busca da paz perpétua,

¹⁵³ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Traduzido por Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 78

¹⁵⁴ DREIFUSS, René Armand. **A época das perplexidades. mundialização, globalização e planetarização: Novos Desafios**. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 171-7.

¹⁵⁵ MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. Traduzido por Paulo Neves. Porto Alegre: Sulina, 2002. p. 53-9.

numa época da história em que ‘a violação do direito ocorrida num ponto da terra é sentida em todos os outros’.¹⁵⁶

Efetivamente, para Emmanuel Kant, sendo o estado de guerra eminentemente provisório, o estado de paz é alcançado pela união universal das cidades, porém, tendo em vista a extensão da superfície terrestre e a quantidade de povos, a proteção de cada membro dessa cidade universal resta dificultada, gerando os riscos da formação de novos estados de guerra. Entretanto, os princípios políticos que tendem a reunião dessas cidades devem fundar os direitos dos homens e dos Estados, permitindo alcançar a almejada paz perpétua, por intermédio da reciprocidade de ações físicas, levando em conta determinadas leis universais de um direito cosmopolítico.¹⁵⁷

Historicamente, as civilizações atrelaram os conceitos de nacionalidade ao de cidadania, ou seja, a nação de origem de um indivíduo como pressuposto do *direito a ter direitos*. Com efeito, modernamente a cidadania plena seria composta pelos direitos de primeira geração – direitos civis e políticos – e de segunda geração – direitos sociais – estabelecidos constitucionalmente nos Estados mantenedores dos direitos fundamentais.

A relação entre cidadania e nacionalidade sempre foi um elemento de tensão entre o pensamento progressista e o conservador. A humanidade conviveu, a partir do século XIX, com intenso movimento migratório, além disso, as desnacionalizações em massa determinadas pelos regimes soviético e nazista ensejaram a formação de imensas coletividades apátridas¹⁵⁸. Tais fatores, foram preponderantes para o enfraquecimento desta *normalidade* representada pelo vínculo permanente dos nacionais aos seus Estados.

A Constituição Federal brasileira de 1988, tal como a maioria das Constituições democráticas, procurou fomentar a proteção transnacional da cidadania, sobretudo no que tange ao direito humanitário, de acordo com as obrigações assumidas no plano internacional, porquanto a solidariedade humana parte do princípio lógico do destino comum que atrela todos os homens desse planeta, de modo que a violação aos direitos humanos ultrapassa os interesses estatais internos para afetar a humanidade diretamente como um todo – muito embora as desigualdades sociais e a miserabilidade dos países pobres ainda não foram inseridas em uma consciência global –, de modo que a *violação*

¹⁵⁶ Cf. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 103.

¹⁵⁷ Cf. KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. Traduzido por Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993. p. 197-203.

¹⁵⁸ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humano**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 142-5.

*não se estabelece mais na relação do indivíduo com o Estado, sequer a pretensão se dirige a um Estado. Ambas refletem como que uma co-responsabilidade pela qualidade e continuidade da vida humana. A garantia ou a violação afetam a todos inexoravelmente.*¹⁵⁹

A construção de um valor universal para os direitos humanos, como referencial ético-político a orientar a ordem internacional, enalteceu o paradigma de que a proteção dos direitos humanos não pode estar restringida às jurisdições domésticas, em virtude do legítimo interesse internacional na tutela do referidos direitos. Esta nova concepção aponta para a necessidade de revisão da noção clássica de soberania absoluta do Estado e a aceção definitiva de que o indivíduo, independentemente de seu *status civitatis*¹⁶⁰, encontra-se sob o manto da proteção internacional de seus direitos fundamentais.

A tutela dos direitos humanos no plano internacional iniciou o seu delineamento com a Revolução Francesa, no entanto passou a ter força política a partir da Segunda Guerra Mundial. O alcance internacional do Direito Humanitário foi estabelecido fundamentalmente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e posterior Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993. Ambas as declarações consagram que os direitos humanos compõem uma unidade indivisível e interdependente, oportunidade em que os direitos civis e os políticos deverão ser conjugados com os direitos econômicos, sociais e culturais.

Como decorrência da indivisibilidade dos direitos humanos, afasta-se formalmente a noção fragmentária e escalonada dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. Os referidos direitos, portanto, devem ser consagrados e

¹⁵⁹ “Quando adentramos nos chamados direitos humanos de terceira geração, somos tomados pela percepção de que estamos diante, efetivamente, de uma nova realidade para os direitos fundamentais que, neste momento, se apresenta como detentores de uma “universalidade comunitária” no sentido de que o seu objeto diz respeito a pretensões que atingem inevitavelmente a comunidade humana como um todo. Não se trata mais de fazer frente ao arbítrio do Estado relativamente a determinados indivíduos, nem mesmo de demandar a solução/garantia de certas pretensões/benefícios a grupos determinados de pessoas. Trata-se, isto sim, de fomentar o caráter solidário do homem, fazendo-o compreender uma espécie de destino comum que o prende aos demais. A violação não se estabelece mais na relação do indivíduo com Estado, sequer a pretensão se dirige a um Estado. Ambas refletem como que uma co-responsabilidade pela qualidade e continuidade da vida humana. A garantia ou a violação afetam a todos inexoravelmente. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 35.

¹⁶⁰ “Desta análise da condição do apátrida Hannah Arendt extraiu a conclusão de que, num mundo como o século XX, inteiramente organizado politicamente, perder o *status civitatis* significava ser expulso da humanidade, de nada valendo os direitos humanos aos expelidos da trindade Estado-Povo-Território.” LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humano: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 147.

garantidos de maneira unitária como autênticos direitos fundamentais, cujas reivindicações no plano mundial encontram respaldo jurídico internacional.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, portanto, surgiu como o novo horizonte moral da humanidade, enquanto declarações de princípios e valores universais a serem respeitados pelos países, demarcando a concepção inovadora de que os direitos humanos são direitos universais. Os direitos sociais foram reconhecidos, junto com os direitos civis e os direitos políticos, no elenco dos direitos humanos. Todos esses são considerados direitos que devem caber a todos os indivíduos igualmente, sem distinção de raça, religião, credo político, idade ou sexo. Com algumas variações, esses direitos foram incorporados nas Constituições da maioria dos países, abrindo uma clareira definitiva para um *mundo comum*¹⁶¹, muito embora a diferenciação quantitativa e qualitativa na violação dos direitos fundamentais por parte dos Estados.

O Tribunal Penal Internacional é o resultado do esforço histórico conjunto e democrático dos Estados, das organizações internacionais e das organizações não governamentais para a instituição da primeira Corte Penal Internacional de caráter permanente, independente e desvinculada de qualquer ato de guerra ou de agressão no plano internacional, cuja finalidade precípua é a de erradicar a impunidade dos agentes responsáveis por atrocidades, pois, consoante os termos de seu preâmbulo, *os crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional em seu conjunto não devem ficar sem castigo e que, para assegurar que sejam efetivamente submetidos à ação da justiça, cumpre adotar medidas no plano nacional e fortalecer a cooperação internacional*.

Os principais antecedentes históricos da jurisdição criminal no plano internacional foram os Tribunais vinculados de Nuremberg, de Tóquio, de Ruanda e da ex-Iugoslávia. Todos esses Tribunais foram instalados *ad hoc*, excepcionalmente instituídos para o julgamento dos indivíduos que pertenciam às nações derrotadas nos conflitos e guerras ocorridas no plano internacional.

Ou seja, apenas os vencidos que cometessem violações contra a humanidade poderiam ser julgados pelas cortes unilateralmente formadas pelos vencedores. Evidentemente que a ilegitimidade dos tribunais de exceção sempre foi invocada, uma vez

¹⁶¹ TELLES, Vera da Silva. **Direitos sociais**: afinal do que se trata? Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo. Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 15 dez 2002.

que somente as jurisdições domésticas detinham, até então, competência para o processamento e julgamento das violações dos direitos humanos cometidos nos limites de seus territórios.

A força das críticas à *justiça seletiva dos tribunais ad hoc*¹⁶², em virtude do escandaloso conteúdo político para a instituição das cortes temporárias, compeliu os Estados a formatarem um sistema permanente de apreciação dos fatos que lesassem a humanidade, nos termos das obrigações assumidas historicamente no plano internacional.

Além disso, a incapacidade de inúmeras jurisdições domésticas em levar a contento a punição dos violadores dos direitos humanos fomentaram a eliminação definitiva da exclusividade da competência nacional em relação à matéria de proteção internacional da pessoa humana e instituir, definitivamente, o princípio da legalidade penal, ao definir as infrações e as respectivas penas quando comprovada a perpetração de crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes de agressão e crimes contra a humanidade.

Assim, o Estatuto de Roma, estabelecendo princípios e regramentos de direito material e de direito processual, além de prescrever normas de organização do Tribunal e do Ministério Público, rompeu com as noções clássicas da soberania estatal, já paulatinamente mitigada com as adesões históricas da maioria dos países democráticos ao subscreverem inúmeros Atos, Pactos, Tratados e Convenções Internacionais acerca dos direitos humanos reconhecidos universalmente.

Mas a louvável universalização dos direitos humanos por intermédio de um Tribunal Penal Internacional pactício, obviamente vinculativo aos países que o ratificaram, cuja conotação eurocêntrica é evidente, sobretudo quando do não reconhecimento da Corte pelos EUA, esbarra no paradigma racionalista do individualismo estatal, pois a “integração mundial” em nome de uma “segurança internacional”, tal como disposta pela Corte Internacional Penal de jurisdição meramente complementar, pautada pela universalização dos direitos humanos está longe de representar uma pedra angular integradora, pois a condução da globalização dos mercados ainda segue a lógica neoliberal orientada pela privatização crescente dos serviços públicos e pelo enfraquecimento paulatino da capacidade de regulação jurídica interna das relações sociais e da capacidade

¹⁶² MAIA, Marrielle. **Tribunal Penal Internacional**: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 53-9.

dos Estados governarem soberanamente as suas economias, e é justamente esta lacuna que não é solucionada pelos países perfeitamente alinhados ao capitalismo neoliberal.¹⁶³

5.1.2 O princípio da complementaridade do Tribunal: o paradigma da imposição da soberania

Inobstante as bases sólidas historicamente criadas para a sedimentação dos direitos humanos como valores universais, a humanidade não dispunha de um mecanismo oficial, permanente e cogente para a punição dos indivíduos violadores das normas internacionais previstas para a efetivação do Direito Humanitário. Após inúmeras dificuldades políticas e resoluções das complexidades jurídicas, durante a Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas em Roma, no mês de julho de 1998, foi aprovado o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, o qual estabeleceu as condições de funcionamento da jurisdição criminal internacional. No entanto, o Estatuto de Roma consagrou a complementaridade de sua jurisdição como princípio norteador das relações entre a jurisdição doméstica e a jurisdição internacional, mantendo, portanto, a primazia das jurisdições nacionais no processamento e na punição dos violadores dos direitos humanos.

A soberania estatal confere ao Estado a supremacia sobre qualquer outro poder existente em seu território. Os seus atributos clássicos sempre foram permeados pelos ideais da inalienabilidade, da permanência e da total independência da jurisdição interna sobre quaisquer outras jurisdições. No entanto, o poder soberano dos Estados, delimitado pela ordem jurídica que os instituiu, sempre encontrou limites na existência de outros Estados, igualmente independentes e em situação jurídica de igualdade, tendo todos o dever de respeito recíproco. No dizer de François Rigaux:

¹⁶³ “A nossa herança de décadas é, pois, a da subalternização das distintas procuras de vias de emancipação à lógica da segmentação territorialista e estadocêntrica. Essa conjugação entre os princípios do Estado e do mercado, entre nação e economia, relegou a promessa de uma comunidade internacional - concebida secularmente como uma sobreposição da horizontalidade das relações cidadãs à hierarquização das relações interestatais – para o estatuto de “irrealista” e “utópica” e, por isso, de marginal. A natureza confinadamente nacional dos processos de construção do Estado-Providência constitui uma consolidação, no plano social, da dinâmica de fragmentação política internacional começada em Vestefália. O internacionalismo solidário, só escassissimamente experimentado como embrião de alternativa a essa dinâmica, acabou por convergir para ela e ser por ela esvaziado.” PUREZA, José Manuel. *Solidariedade Internacional e Direitos dos Trabalhadores*. SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2002. p. 238-9.

Tornou-se necessário para os Estados reconhecerem-se como membros de uma sociedade à qual também pertencem todos os outros Estados. Assim que um Estado se torna independente, solicita a qualidade de membro da Organização das Nações Unidas. Sem dúvida que tal adesão não tem o efeito de lhe conferir os direitos e os deveres inscritos na Carta, mas a qualidade de membro da Organização implica, com maioria de razão, o estar sujeito ao direito internacional.¹⁶⁴

A concepção clássica de Constituição como um pacto fundador e legitimador da organização social interna e positividade máxima de um Estado soberano, vem sofrendo profundas modificações com a mundialização do planeta. Depreende-se deste cenário internacional pós-moderno a aparente incapacidade dos postulados clássicos do constitucionalismo em lidar com a enorme complexidade das relações jurídicas transnacionais, compelindo os países a agruparem-se em blocos econômicos, culturais, religiosos e políticos na busca da força da unidade.

Nessa seara, evidentemente que a aceitação dos direitos humanos como valores universais possibilitou que os Estados propugnassem a responsabilidade internacional penal dos agentes¹⁶⁵ que atentassem contra bens jurídicos da humanidade. Com o advento do Estatuto de Roma, ao mesmo tempo em que os Estados admitiram que as respectivas jurisdições domésticas não eram privativas em matéria criminal, visaram ao impedimento da proeminência de um país em relação a outro no cenário internacional.

O Estatuto de Roma adveio de uma convenção multilateral entre os Estados-parte para a criação de uma Corte Penal Internacional dotado de personalidade jurídica internacional, de caráter permanente, com competência, não-retroativa, para o julgamento e punição, não dos Estados, mas dos indivíduos que incorressem em crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão, previamente definidos e com as respectivas penas cominadas pelo Estatuto.

O Estatuto de Roma fixou o regime de cooperação entre os Estados-parte, sujeito a menos formalidades do que as usualmente impostas no cenário da cooperação judiciária entre os países, que vai desde o financiamento da instituição até a prisão e entrega dos acusados sujeitos à jurisdição internacional.

¹⁶⁴ RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Traduzido por Luís Couceiro Feio. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. p. 19.

¹⁶⁵ RAMOS, André de Carvalho. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 245-89.

Entretanto, após contundentes debates no campo diplomático e acordos políticos firmados durante os trabalhos preparatórios, restou sedimentado que a jurisdição do Tribunal Penal Internacional não deveria possuir primazia sobre as jurisdições domésticas, condicionando a jurisdição internacional somente quando verificada *a incapacidade ou falta de disposição dos Estados-parte de processar os responsáveis pelos crimes previstos pelo Estatuto de Roma*¹⁶⁶, conforme o disposto no seu artigo 17.

A consagração do princípio da complementaridade, portanto, constituiu o fator político norteador mais importante para o funcionamento do Tribunal Penal Internacional. A complementaridade da jurisdição internacional não rompeu definitivamente as barreiras da soberania territorial dos Estados, pois estabeleceu a responsabilidade primária das cortes nacionais de investigar e solucionar os crimes cometidos contra os direitos humanos. Milita, então, em favor das jurisdições domésticas uma presunção de capacidade interna para a resolução dos crimes de competência da Corte Penal Internacional, conferindo ao Tribunal, portanto, a tarefa primordial de supervisionar¹⁶⁷ o cumprimento das obrigações assumidas pelos Estados-parte no plano internacional para a proteção dos direitos humanos.

Os Estados não aceitaram a jurisdição internacional em sua plenitude, mantendo, portanto, a tradição histórica da escassez de autonomia das organizações internacionais. A definitiva desnacionalização da cidadania no que se refere aos direitos humanos sofreu sérias limitações, já que o Tribunal Penal Internacional possibilitou às jurisdições domésticas afastarem a jurisdição da Corte quando constatada a suficiente resolução dos casos com base no Direito Internacional Humanitário. Evidentemente que a previsão da complementaridade foi um imposição dos Estados-parte de maior influência política e econômica no cenário mundial, resguardando as suas respectivas soberanias em face de uma eventual e iminente submissão de sua jurisdições a uma nova ordem jurídica internacional.

Os conflitos interestatais prosseguem. A igualdade de tratamento entre os Estados, segundo preconizado pelo Direito Internacional Público, encontra-se distante da realidade do sistema internacional. Vislumbra-se, dessa forma, que a atuação da Corte Penal Internacional restringir-se-á apenas nos crimes cometidos nos territórios sob jurisdição dos países

¹⁶⁶ MAIA, Marrielle. **Tribunal Penal Internacional**: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 78.

¹⁶⁷ DELGADO, Isabel Lirola; MARTÍNEZ, Magdalena Martín. **La Corte Penal Internacional**. Barcelona: Ariel, 2001. p. 156-9.

subdesenvolvidos, já que as potências e os Estados economicamente desenvolvidos demonstrarão a *disposição de agir* contra os malfeitores dos direitos humanos.

Além disso, a ausência da formatação de uma ordem jurídica criminal supranacional exclusiva possibilita a concorrência de uma ordem jurídica interna e outra de cunho internacional sobre os fatos típicos, resultando na indesejável *relatividade das soluções*¹⁶⁸, não apenas na condução dos procedimentos, mas, sobretudo, na imposição das penas.

Assim, de forma paradoxal, os Estados pactuaram a universalidade da jurisdição criminal apenas em relação aos países subdesenvolvidos e mantiveram intactos a soberania da jurisdição dos Estados industrializados, sob uma lógica racional transversa, ou seja, universaliza-se os direitos humanos em matéria criminal, mas a efetiva jurisdição da Corte Internacional somente ocorrerá quando o *Estado genuinamente não seja capaz ou não esteja disposto a levar a cabo a investigação ou o processo*.¹⁶⁹

Se a humanidade convive com o impacto das imensas transformações sociais propiciadas pela crescente queda das fronteiras e dos limites territoriais dos Estados, é bem verdade que o processo da desnacionalização jurídica dos comandos normativos possibilitou a formação de uma consciência jurídica universal calcada no exercício pleno da cidadania desvinculado da nacionalidade.

A igualdade preconizada pelo Direito Internacional Público entre os Estados integrantes dessa grande *unidade mundial*, por intermédio da instalação da inédita jurisdição criminal internacional para a proteção dos humanos termina por consagrar a verdadeira crise global da regulação interna dos Estados subdesenvolvidos, únicos potencialmente submetidos à jurisdição criminal supranacional.

A busca de conceitos universalizantes permeia o Direito como instrumento de manutenção objetificada das relações sociais e, como se vê, também das relações internacionais, pois em nome da “humanidade” institucionaliza-se a desigualdade, justificando a noção de que a “*Humanidade*” é um instrumento ideológico, especialmente

¹⁶⁸ RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Traduzido por Luís Couceiro Feio. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. p. 24.

¹⁶⁹ O artigo 17, item 1, alínea *a* do Estatuto de Roma estabelece que a jurisdição do TPI não será exercida quando *o caso estiver sendo objeto de investigação ou processo em Estado que tem jurisdição sobre o mesmo, a menos que tal Estado genuinamente não seja capaz ou não esteja disposto a levar a cabo a investigação ou o processo*.

*útil, das expansões imperialistas, e em sua forma ético-humanitária um veículo específico do imperialismo econômico.*¹⁷⁰

A inédita instalação do Tribunal Penal Internacional, ao representar a primeira jurisdição internacional permanente de caráter criminal da humanidade, é comemorada, de um modo geral, pela doutrina internacionalista como um avanço para a universalização dos direitos humanos. No entanto, norteou a sua atuação pela complementaridade da jurisdição.

O Estatuto de Roma, dessa forma, manteve-se atrelado ao paradigma da soberania territorial interna dos países já perfeitamente inseridos na racionalidade global dos mercados capitalistas e, portanto, financiadores da ONU, em detrimento da soberania universal estabelecida normativamente pelas Constituições dos Estados, deixando de consagrar a definitiva jurisdição supranacional dos direitos humanos. Daí porque a jurisdição da Corte Internacional Penal demonstra uma incoerência fundamental entre a universalidade declarada dos direitos humanos e a subordinação da Corte Internacional aos Estados pactuantes, que mantêm o poder e não perdem a sua soberania.¹⁷¹

O Estatuto de Roma deveria ter ido além, pois a complementaridade da jurisdição propicia a primazia da incidência das ordens jurídicas internas dos Estados-parte em prejuízo à jurisdição internacional uniformizada, ao invés de estabelecer um tratamento coercitivo e universal baseado em normas internacionais vinculativas e uniformes para todos os países reconhecidamente independentes pela Organização das Nações Unidas, como propagado por Luigi Ferrajoli¹⁷².

Além da possibilidade de tratamentos jurídicos desiguais incidentes sobre fatos análogos, em virtude da concorrência de ordens jurídicas, vislumbra-se que a atuação da Corte Penal Internacional restringir-se-á apenas aos crimes cometidos nos territórios sob jurisdição dos países subdesenvolvidos, já que as potências e os Estados economicamente estabelecidos no cenário mundial demonstrarão uma disposição política e jurídica de atuação contra os violadores dos direitos humanos. Diante deste cenário, portanto, propicia-se a *submissão “de facto” da jurisdição penal internacional aos interesses de certos países ou grupos de pressão,*

¹⁷⁰ SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 81.

¹⁷¹ BAZELAIRE, Jean Paul; CRETIN, Thierry. **A Justiça Penal Internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia**. Traduzido por Luciana Pinto Venâncio. São Paulo: Manole, 2004. p. 97-8. Tradução de La Justice Pénale Internationale.

¹⁷² FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

*que, aproveitando do vazio democrático, poderão transformar a justiça internacional em órgão a serviço de seus interesses.*¹⁷³.

A consagração da primazia das jurisdições locais estabelecidas sem uma agenda estratégica bem delineada, na realidade, constitui terreno fértil para o indesejável fenômeno da seletividade da jurisdição criminal também no Direito Internacional. As políticas públicas destinadas à redução das desigualdades econômicas entre os Estados, forçoso reconhecer, não são tratadas como horizontes universalizantes da política externa.

Mas a consagração dos direitos humanos e da cidadania como valores transnacionais são reconhecidos como tal na esfera criminal e, mesmo assim, os Estados pactuantes impuseram a intangibilidade de suas soberanias em um contexto irracional de automatização do domínio econômico imposto pelos países desenvolvidos aos países devedores e dependentes politicamente, pois somente em relação a estes países a obscura “Justiça internacional” atuará com todo o rigor necessário pelo receio da impunidade.

Sequer a igualdade de tratamento é mantida quando perpetrado um crime tutelado pelo Estatuto de Roma, pois os Estados Democráticos e desenvolvidos social e economicamente atuarão de acordo com os consectários jurídicos estipulados pela legislação interna, e não pelo Estatuto de Roma.

Aliás, do imenso abismo que distancia o discurso e a ação das políticas internacionais, resulta a conclusão inarredável voltada para a necessidade de uma reflexão filosófica e antideterminista. O resgate da soberania interna é imperioso para a transformação do lamentável cenário social brasileiro, mas, para isso, somente com a consciência da instrumentalização do Direito comprometida com a eficácia dos direitos humanos em conformidade com a Carta Magna de 1988 e a retomada do ideário transformador do constitucionalismo, como instrumento norteador da auto-regulação, será garantida a autenticidade e a legitimidade da aplicação do Direito como uma verdadeira *ciência jurídica* neste país.

As justas pretensões humanitárias, mesmo reconhecendo os avanços conscientemente universais dos organismos internacionais, governamentais ou não, somente serão alcançadas quando da busca da efetividade da Carta Maior em todos os níveis e formas de exteriorização do

¹⁷³ SABADELL, Ana Lucia; DIMOLIUS, Dimitri. Tribunal Penal Internacional e direitos fundamentais: problemas de constitucionalidade. **Cadernos de Direito do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba**, Piracicaba, v. 3, n. 5, p. 244, 2003.

poder institucional interno, inclusive como *prática político-jurídica de enfrentamento das estratégias de globalização dominadas pelas práticas do capitalismo financeiro*.¹⁷⁴

Da disparidade de interesses entre os países centrais e periféricos no mundo globalizado deve emergir o campo de contestação social e política da nova ordem mundial que, por si só, não se encontra preocupada em institucionalizar medidas jurídicas ou políticas efetivas para a redução das desigualdades, antes pelo contrário, percebe-se que, mesmo na atuação do Tribunal Penal Penal Internacional, naquilo que é mais importante para a humanidade minimamente igualitária, que é o respeito irrestrito e universal aos direitos humanos, os Estados não abriram mão de suas soberanias para o julgamento dos criminosos que atentaram contra bens jurídicos universais, institucionalizando a seletividade da justiça criminal internacional e a desigualdade de tratamento para violações idênticas, quanto mais o farão para a tomada de verdadeiras políticas públicas internacionais de investimento nos países periféricos. No dizer de Noam Chomsky:

Quanto à Nova Ordem Mundial, ela é muito como a velha, com uma nova aparência. Há acontecimentos importantes, notadamente o aumento crescente da internacionalização da economia com suas conseqüências, incluindo a intensificação das diferenças de classe em uma escala global e a extensão desse sistema aos antigos domínios soviéticos. Mas não há mudanças fundamentais, e nenhum “novo paradigma” é necessário para que o que está acontecendo faça sentido. As regras básicas da ordem mundial permanecem como sempre foram: o governa da lei para os fracos, o governo da força para os fortes; os princípios de “racionalidade econômica” para os fracos, o poder e a intervenção de Estado para os fortes. Como no passado, privilégio e poder não se submetem voluntariamente ao controle popular ou à disciplina de mercado e, portanto, procuram solapar a democracia séria e aplicar os princípios de mercado a suas necessidades especiais.¹⁷⁵

Daí porque abrir mão do papel regulador e compromissário do Estado em benefício aos Estados potencialmente desenvolvidos ou às organizações transnacionais privadas é assumir a universalidade dos conceitos (ir) racionais de um liberalismo global em detrimento das especificidades brasileiras como norte de atuação política e jurídica.

¹⁷⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. Revisitando o Estado! da crise conceitual à crise institucional (constitucional). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**: mestrado e doutorado, São Leopoldo, p. 92-3, 2000.

¹⁷⁵ CHOMSKY, Noam. **Novas e velhas ordens mundiais**. Traduzido por Paulo Roberto Coutinha. São Paulo: Scitta, 1996. p. 114. Tradução de World Orders Old and New.

5.2 A crise do Estado contemporâneo e a descentralização das normas de regulação social

Da aceitação incondicional da incorporação do Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico brasileiro resulta a constatação definitiva de que no Brasil a submissão e a ratificação nacional de ordenamentos jurídicos internacionais não são alvos de discussão acerca da filtragem constitucional. A crise da baixa constitucionalidade termina por se tornar um foco de aceitação de leis que com ela não convergem, inclusive no plano das políticas internacionais, dificultando qualquer noção de soberania constitucional comprometida com a implantação do Estado Social, tendo em vista as novas políticas globalizantes de universalização da cidadania.

5.2.1 A crise global da racionalidade e as interferências das regulações externas e internas

A festejada instalação do Tribunal Penal Internacional, ratificada e incorporada no ordenamento jurídico brasileiro sem um amplo debate da comunidade jurídica acerca da filtragem constitucional de determinados dispositivos, ainda que para a proteção penal dos direitos humanos como valores indubitavelmente universais, sintetiza a noção paradigmática de que no Brasil a submissão e a ratificação nacional de ordenamentos jurídicos internacionais encontra-se envolto em um complexo sistema jurídico de dominação externa, espelhando a crise da baixa constitucionalidade também no plano internacional, dificultando a noção da efetiva soberania constitucional.

A nova ordem social preocupa-se em arraigar o ideal de convívio fraterno entre os homens, resgatando o conceito de comunhão entre grupos sociais distintos e apagando definitivamente da história mundial os ufanismos ultranacionalistas e xenófobos¹⁷⁶, de modo a fomentar a universalização da cidadania a todos os homens, independentemente de seu país de origem.

Por isso, forçoso reconhecer que o novo contexto mundial requer a internacionalização incondicionada dos instrumentos de proteção dos direitos humanos para combater à impunidade, no entanto o Tribunal Penal Internacional surge apenas como um parcial avanço para a concretização deste ideal de colaboração dos Estados em prol da dignidade da pessoa humana, uma das necessidades imperiosas da sociedade globalizada.

¹⁷⁶ PAIVA, Raquel. **O espírito comum**: comunidade, mídia e globalismo. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 110-3

No que tange ao cenário nacional, a concepção universalista dos direitos sociais foi definitivamente incorporada tardiamente, apenas em 1988 com a promulgação da atual Constituição Federal, que é uma referência política importante na história nacional, uma vez que a construção democrática envolveu inicialmente a ruptura com regimes militares autoritários, deflagrando o período de transição democrática, com o gradativo resgate da cidadania e das instituições representativas. Contudo, o paulatino processo de consolidação democrática terminou por alcançar uma complexidade peculiar, na medida em que o impacto da globalização econômica recai em pleno processo de consolidação do Estado Democrático preconizado pela Magna Carta.

A cooperação internacional dos Estados sempre foi o grande trunfo mundial para a punição dos criminosos em nível internacional¹⁷⁷. No entanto, as formalidades estatuídas nas legislações internas, apoiadas em suas respectivas Constituições, impregnavam os atos processuais internacionais de formalidades protelatórias e incompatibilidades substanciais. Com a advento do Tribunal Penal Internacional, os Estados-parte viram-se compelidos a redimensionar as suas normas constitucionais, bem como os seus ordenamento ordinários, para a aceitação da responsabilidade internacional penal de seus nacionais.

Inobstante o famoso precedente do Supremo Tribunal Federal que, antes do advento do Estatuto de Roma, atribuiu ao Tratado incorporado internamente a condição de mera lei ordinária¹⁷⁸, tradicionalmente as normas constitucionais brasileiras sempre revelaram *irrestritas compatibilidades* com os tratados internacionais.

A atual Constituição Federal estabelece que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (artigo 1º, inciso III, e artigo 4º, inciso II), sendo que o artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias prescreve que *O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos*.

¹⁷⁷ RAMOS, André de Carvalho. **O estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira**. p. 248.

¹⁷⁸ “As normas previstas nos atos, tratados, convenções ou pactos internacionais devidamente aprovadas pelo Poder Judiciário e promulgadas pelo Presidente da República ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como atos normativos infraconstitucionais, de mesmo hierarquia às leis ordinárias.” ADIN 1480-3-DF. Relator Ministro Celso de Mello, publicado no Diário da Justiça da União em 2.8.96, **Informativo do STF**, Brasília, Assessoria do STF, n. 48, p. 1, 1996.

Estabelecidas as bases para a formatação de um Tribunal Penal Internacional, surgem os principais óbices constitucionais para a aplicação da pena de prisão perpétua e para a entrega de nacionais previstas no Estatuto de Roma (artigo 77, item I, alínea *b*, e artigo 89, item I, respectivamente), tendo em vista o disposto no artigo 5º, inciso XLVII, alínea *b*, e no artigo 5º, inciso LI, ambos da Constituição Federal, que vedam expressamente as penas de caráter perpétuo e a extradição de brasileiro, salvo hipóteses expressamente contidas em lei.

As incompatibilidades da Constituição com o Estatuto de Roma não são apenas aparentes. Primeiramente, ressalta-se que o argumento de que a proibição da prisão de caráter perpétuo é uma norma que regula direito penal interno e não poderia condicionar um órgão externo supranacional¹⁷⁹ não poderia ser aceita com tanta simplicidade, mesmo que o Supremo Tribunal Federal tenha sistematicamente deferido extradições, sem ressalvas, a Estados onde está prevista a pena de prisão perpétua para os crimes imputados aos extraditados, pois a impossibilidade da imposição da pena de caráter perpétuo prevista no artigo 5º, inciso XLVII, alínea *b*, da Constituição Federal está prevista no título que encabeça os direitos e as garantias fundamentais dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no país.

Problema ainda maior existe em relação à obrigatoriedade de entregar brasileiro para ser julgado pelo Tribunal, pois a Constituição Federal proíbe igualmente a extradição de brasileiros – artigo 5º, inciso LI, da Constituição Federal –, só permitida para o brasileiro naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes.

Em relação à incompatibilidade da obrigação dos Estados de entregarem à Corte as pessoas que o Tribunal Penal Internacional tenha determinado ordem de prisão, vale salientar que o instituto da entrega (*surrender*) é apenas sutilmente distinto da extradição, porque, enquanto a extradição é a entrega de pessoas por requisição de Estados – cooperação horizontal decorrente do princípio de igualdade soberana entre os Estados –, o *surrender* seria a entrega de pessoas à jurisdição internacional, em cumprimento de ordem judicial (cooperação vertical), distinção expressamente contida no artigo 102 do Estatuto de Roma.

Ocorre que, na realidade, ambos os institutos são atos de entrega, não havendo razão alguma, dentro do contexto jurídico apresentado pelo próprio Estatuto de Roma, em

¹⁷⁹ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: **O que é Tribunal Penal Internacional**. Brasília: Gráfica Oficial, 2000. p. 4-10. Cartilha organizada pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados.

considerar o Tribunal Penal Internacional uma jurisdição “superior”, dentro de uma estrutura jurídica “verticalmente organizada” no plano internacional, pois o próprio TPI está submetido ao princípio da primazia da jurisdição doméstica, ou seja, de atuação meramente complementar e dependente da atuação política dos Estados.

E o que piora ainda mais a situação: a proibição de extradição de brasileiros, ressalvadas as hipóteses contidas na Constituição, está inserida entre as garantias individuais, tendo natureza jurídica de cláusula pétreia, não podendo ser alterada nem por emendas constitucionais, sendo expressamente vedada, por óbvio, a deliberação de qualquer proposta de emenda tendente a abolir tais direitos.

Para se transformar em Direito executório nacional e fazer parte do ordenamento brasileiro, a Convenção de Roma de 1998, como tratado internacional, deveria passar por uma série de debates nas sedes Executiva e Legislativa, para fins de aprovação, ou não, do texto da Convenção, já que a Constituição Federal é insuscetível de ser modificada por algum tratado internacional posterior, por mais relevante que seja a matéria, de modo que, na época, uma solução simples seria uma ratificação com reservas, mas o Tratado de Roma não admite reservas, gerando a nítida incompatibilidade entre a Carta Maior brasileira e o Tratado de Roma.¹⁸⁰

No entanto, as controvérsias acerca das incompatibilidades do Estatuto de Roma com a Constituição Federal, ao menos no plano legislativo, restaram superadas com as recentes publicações do Decreto Legislativo nº 112/02, de 06.06.02, que aprovou o texto do Estatuto de Roma, assinado pelo Brasil em 07.04.2000, e do Decreto nº 4.388, de 25.09.02, que promulgou o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, estabelecendo, inclusive, no seu artigo 1º, que *O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, apenso por cópia ao presente Decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.*

O fenômeno da globalização, ao criar inúmeros centros de detenção do poder e, por conseguinte, de emissão de normas legais, termina por supervalorizar Pactos, Tratados e Convenções Internacionais, em detrimento das Constituições comprometidas com as

¹⁸⁰ O artigo 120 da Corte Penal Internacional de Haia é enfático ao prescrever que: *Não são admitidas reservas a este Estatuto.* Depreende-se da leitura deste sintético dispositivo o paradigma da imposição da força jurídica, política e, por óbvio, econômica dos países dominantes para a produção das normas jurídicas internacionais, pois de um debate interno prévio acerca da recepção, ou não, do ordenamento jurídico internacional junto aos Poderes Executivo e Legislativo, como no caso do Brasil, pode-se chegar a dois resultados: ratificação ou veto, sem qualquer possibilidade de reservas na hipótese de o ordenamento internacional afrontar a Constituição do Estado.

realidades locais, gerando uma verdadeira crise de regulação do Direito em prol de racionalidades universais impostas sem qualquer filtragem, ainda que para a proteção dos direitos humanos, justificando a cétrica síntese de que *a noção de soberania se transforma cada vez mais em uma palavra oca, sem conteúdo. É um mero critério formal na caracterização do Estado.*¹⁸¹

Como bem assinalado por Jorge Miranda, a soberania dos Estados não pode prevalecer contra os direitos fundamentais da pessoa humana consagrados universalmente, de modo que *a soberania hoje significa essencialmente que os Estados são iguais e não que os Estados excluem qualquer poder proveniente da ordem jurídica internacional.* No entanto, as Constituições que contenham limitações materiais à incorporação do Estatuto de Roma, como no caso das Constituições brasileira e portuguesa em razão da previsão do princípio da legalidade, das imunidades dos cargos políticos, da prisão perpétua e da extradição, devem passar por um processo de revisão constitucional visando à abertura dos ordenamentos jurídicos nacionais ao Direito Internacional.¹⁸²

A quinta revisão constitucional portuguesa de dezembro 2001 buscou compatibilizar o ordenamento jurídico interno com os novos comando normativos internacionais do Estatuto do Tribunal Penal Internacional ratificado por aquele país, ao adicionar no artigo 7º da Constituição da República que “Portugal pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma.” No entanto, o Poder Legislativo português manteve paradoxalmente intacta a garantia interna da proibição da pena de prisão perpétua estabelecida no artigo 30 da Constituição da República de Portugal.¹⁸³

Tal como ocorreu com a reforma constitucional de Portugal, que manteve garantias e disposições de recepção do Direito Internacional diametralmente antitéticas, o ordenamento jurídico nacional cedeu ao pacto internacional silencioso da ratificação incondicional ao

¹⁸¹ MELLO, Celso de Albuquerque. A soberania através da história. In: _____ (Coord.). **Anuário: direito e globalização**, n. 1 - A Soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 22.

¹⁸² MIRANDA, Jorge. **A incorporação ao direito interno de instrumentos jurídicos de direito internacional humanitário e direito internacional dos direitos humanos.** Texto baseado nas notas taquigráficas da conferências proferida no seminário “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br>>. Acesso em: 14 maio 2004.

¹⁸³ O artigo 30 da Constituição da República de Portugal estabelece que: *Não pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida.*

Direito Internacional, desconsiderando a Constituição enquanto documento de garantias pétreas, dentre as quais a rejeição das penas perpétuas.

As incompatibilidades entre as normas constitucionais brasileiras explicitamente imodificáveis, como são os direitos e as garantias individuais, e o próprio Direito Internacional baseado em normas convencionais apresentam-se, na realidade, como uma verdadeira aporia, porquanto os Poderes Legislativo e Executivo não dispõem de mecanismos legítimos para revogar cláusulas pétreas estabelecidas constitucionalmente, mas, ao mesmo tempo, encontram-se vinculados – juntamente com o Poder Judiciário que, por intermédio do Supremo Tribunal Federal, detém a competência para declarar a inconstitucionalidade dos tratados – aos princípios da prevalência dos direitos humanos e da cooperação entre os povos nas relações internacionais – artigo 4º, incisos II e IX, da Constituição Federal –, bem como à formação de um *tribunal internacional dos direitos humanos*, conforme previsto no artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Como bem analisado por Celso A. Mello, a “prevalência dos direitos humanos” deve ser concebida a partir da consideração de que os direitos do homem consagrados universalmente não pertencem mais às jurisdições domésticas dos Estados, adquirindo um *status* especial de preferência na ordem jurídica internacional. Sob este prisma, o surgimento das inconstitucionalidades intrínsecas decorrentes de normas convencionais internacionais incorporadas internamente em obediência às formulas legais, mas substancialmente conflitantes com a Constituição, acabam sendo incontestavelmente admitidas, pois *os estados consagram o primado da Constituição como manifestação da sua soberania, mas na prática sabem que não podem violar o DIP*¹⁸⁴, tal como ocorre com o sistema constitucional brasileiro que, de forma concomitante, consagra princípios inerentes à integração internacional, mas não admite, ao menos no plano formal, qualquer restrição ao exercício da soberania, ao contrário, por exemplo, do constitucionalismo francês¹⁸⁵.

Diante deste contexto global, a atuação da dogmática jurídica no cenário brasileiro, além de procurar manter o *status quo* das relações desiguais no âmbito interno, por intermédio

¹⁸⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional**: uma introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 344-5.

¹⁸⁵ Celso A. Mello observa que a *Constituição do Brasil não leva em consideração as novas tendências da ordem jurídica internacional* referentes ao poder/dever de inferência relativa às questões humanitárias, pois no Direito francês, já no ano de 1970, por intermédio de seu Conselho Constitucional, considerou como válidas as limitações da soberania, conforme previsto no preâmbulo da Constituição daquele país, ao estabelecer que *Sob reserva de reciprocidade, a França consente as limitações da soberania necessárias à organização e à defesa da paz*. Ibid., p. 132.

do gerenciamento inautêntico das normas jurídicas, é fortemente caracterizada, sob a ótica externa, pela crença em um determinismo social calcado na voluntária submissão às leis consideradas inexoráveis e na descrença em mudanças quantitativas e qualitativas da vida das pessoas.¹⁸⁶

A forma como a globalização é imposta, sem discussões acerca das finalidades e conseqüências dessa transição no plano social e jurídico, em detrimento ao disposto na Carta Magna, apenas reforça o paradigma da imposição de uma *racionalidade globalizante*, pois a concepção científica do Direito não pode renegar a Constituição Federal a uma condição de legislação periférica, destituída de seu real significado dirigente e compromissário, em prol de uma doutrina internacionalista que percebe a soberania como um “entrave” aos comandos normativos universalizantes.¹⁸⁷

Daí porque se perde a noção kelseneana de que o Direito Internacional somente será legítima a partir do primado do ordenamento jurídico interno, e não como uma ordem jurídica independente da própria ordem interna. Por isso, em um sistema puro e legítimo de ordens jurídicas as regras internacionais somente serão válidas quando consideradas as bases no ordenamento jurídico interno, e não com base no primado do Direito Internacional. A retomada da construção essencialmente dualista é fundamental para a compreensão de que o Direito Internacional somente será considerado válido quando parte integrante de um ordem jurídica interna, contrariamente ao paradigma de aceitabilidade incondicional do Brasil das regras normativas externas. No dizer de Hans Kelsen:

Os Estados que, em confronto com as chamadas grandes potências, nem sequer têm qualquer poder real que mereça ser tomado em conta, são tão soberanos como estas grandes potências. A questão de saber se um Estado é soberano é a questão de saber se se pressupõe a ordem jurídica estadual como suprema. É o que se faz quando se considera o Direito internacional, não como uma ordem jurídica que está acima da ordem jurídica estadual, mas como uma ordem jurídica delegada pela ordem jurídica estadual, quer dizer, quando apenas se considera o Direito internacional como válido em relação ao Estado se ele é conhecido por este. Isto é tão possível como possível –

¹⁸⁶ “A conseqüência mais grave da crença no determinismo social é a voluntária submissão a leis consideradas inexoráveis, com a conseqüente automatização da vida social e a descrença em mudanças qualitativas, pois, se tudo está predeterminado, é melhor não fazer qualquer esforço que já se sabe inútil, sendo preferível procurar conhecer o sentido do determinismo e adaptar-se a ele”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 22-3.

¹⁸⁷ “Os internacionalistas são homens que vêem sempre com suspeição o princípio da soberania. Não apenas com suspeição, senão como se fora ele obstáculo à realização da comunidade internacional, à positivação do direito internacional, à passagem do direito internacional, de um direito de bases meramente contratuais, apoiado em princípios de direito natural, de fundamentos tão-somente éticos ou racionais, a um direito que coercitivamente se pudesse impor a todos os Estados”. BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 133.

se bem que já não seja usual nos nossos dias – apenas considerar a ordem jurídica estadual como válida em relação ao indivíduo sob o pressuposto de ela ser por este reconhecida. Se se vê o fundamento de validade da ordem jurídica estadual no reconhecimento desta por parte do indivíduo relativamente ao qual ela vigora, parte-se da soberania do indivíduo, da sua liberdade; tal como, quando se vê o fundamento de validade do Direito internacional no seu reconhecimento pelo Estado, se parte da soberania do Estado. Dizer que o Estado é soberano não significa outra coisa senão que a fixação da primeira Constituição histórica se pressupõe como fato gerador de Direito sem que a esse propósito se faça referência a uma norma do Direito internacional que institua este fato produtor de Direito.¹⁸⁸

Mas ocorre que os anseios dos Estados empobrecidos que compõem este grande mundo globalizado, diante das dificuldades para a implantação de políticas efetivamente sociais e emancipatórias, conduzem à idealização mítica de bem comum, de satisfação generalizada e de unidade cultural.

Evidentemente que este complexo quadro de relações internacionais sequer poderá apoiar-se na equidade quando grande parte da população mundial vive abaixo da linha de pobreza, daí porque a necessidade de uma agenda local, sob pena de se incorrer em uma espécie de mitificação metafísica de salvação, como ponto de origem para a real iniciativa de erradicação da pobreza e das mazelas sociais básicas de um país empobrecido, por isso, no dizer de Edgar Morin:

Nesse combate, o confronto dos mitos coloca, diante de nós, um problema extremamente complexo. Não se pode simplificar e acreditar que os mitos mentem. Eles criam ilusão e admitem a mentira porque são ‘verdadeiros’: verdadeiros no sentido em que um grande mito carrega, concentra e transmuda em si aspirações profundas que são, não só de uma época e de uma sociedade, mas também de caráter antropológico. Assim, acontece com mitos democráticos de liberdade, igualdade, fraternidade, com mitos socialistas, comunistas, literários. É em relação a estas aspirações que o mito pode tornar-se ilusão quando se torna mito de salvação, garantindo que a sua vinda está próxima e que ela trará solução para a miséria (não apenas material) do mundo. É em relação a essas aspirações que ele se torna mentiroso, quando é utilizado por uma estratégia política.¹⁸⁹

Nessa conjuntura, a internacionalização do processo de exclusão social desencadeado pelas políticas globais dominantes de desenvolvimento econômico e social, baseadas menos na solidariedade internacional e no comprometimento social do que no liberalismo econômico de produtividade máxima, constitui um campo propício para a desestabilização política internacional e o principal óbice para a implementação de uma unidade mundial de

¹⁸⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Traduzido por João Babbista Machado. São Paulo. Martins Fontes, 1998. p. 372.

¹⁸⁹ Cf. MORIN, Edgar. **Para sair do século XX**. Traduzido por Vera Azambuja Harvey. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 204.

universalização de conceitos racionais, num mundo em que mais de 23% da população vive na mais absoluta miséria.¹⁹⁰

A política internacional norte-americana da imposição de sua hegemonia do poder político e econômico igualmente contribuiu expressivamente para a formação de um complexo cenário recheado de contradições e ambigüidades e temperadas pelas *intervenções* diplomáticas ou mesmo bélicas no Oriente médio, pela regulação da política sul-americana e pela negação da disseminada miséria africana.

A questão é saber se a imposição de uma jurisdição internacional para coibir, por exemplo, a escravidão, a privação grave da liberdade física ou psíquica, ou a própria tortura, tipificados como crimes contra a população civil e, portanto, contra a humanidade, de acordo com o artigo 7º do Estatuto de Roma, não é eminentemente seletiva – tal como a aplicação das sanções no Direito Penal brasileiro –, ou seja, direcionada apenas aos países periféricos. Infelizmente a resposta para esse questionamento encontra cabal explicação no próprio Estatuto e no paradigma globalizante de manutenção dos *soberanos* privilégios dos países já industrializados.

Aliás, a política internacional é a mesma praticada no âmbito nacional, qual seja, para os países subdesenvolvidos, o imperativo categórico kantiano da sanção criminal quando perpetrada alguma infração contra os direitos humanos, para os países ricos, a relatividade da aplicação da lei, uma vez que este problema pode ser resolvido internamente. Além disso, o esforço político mundial destinado a sistematizar a política criminal de defesa internacional contra os violadores dos direitos humanos não é proporcionalmente acompanhado por esta inconsciente “questão secundária” que envolve o incremento econômico das políticas públicas para a redução das desigualdades internacionais entre os próprios países que ratificaram o Estatuto de Roma. Quaisquer argumentos políticos ou confecções legislativas que propagam a universalização dos direitos humanos são afetados por uma realidade paradigmaticamente egoística no plano internacional e, via de conseqüência, socialmente anti-solidária.¹⁹¹

¹⁹⁰ A partir das informações do Programa de desenvolvimento da ONU, dando conta que cerca de 180 milhões de crianças abaixo dos cinco anos de idade vivem em condições de extrema desnutrição, e do *Worldwatch Institute*, informando que 1,2 bilhão de pessoas vivem em estado de pobreza absoluta no globo terrestre, percebe-se que a maior causa do sofrimento humano é simplesmente fome. Nessa seara, Peter Singer pondera que *o fato de permitir que alguém morra não é intrinsecamente diferente de matar alguém*, portanto, sob a ótica da inevitável responsabilidade dos países que detêm e concentram a riqueza mundial, *cumprir a obrigação de não matar alguém é muito mais fácil do que cumprir a obrigação de salvar alguém*. Cf. SINGER, Peter. **Ética prática**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 233-59.

¹⁹¹ “O problema não é que o mundo não seja capaz de produzir o suficiente para alimentar e abrigar a sua população. Nos países pobres, as pessoas consomem, em média, 180 quilos de grãos por ano, ao passo que,

A pretensa instalação de um governo mundial pós-moderno não surge apenas como o horizonte representativo de encerramento da chamada Guerra Fria, mas, sobretudo, representa o momento histórico em que se consolidam os megablocos internacionais amparados pelo propósito da gradual cessão de parcela de soberania interna dos Estados em benefício das instâncias supranacionais.

Por isso, a ação internacional, impulsionada pela atuação de organismos não-estatais e de movimentos sociais de solidariedade, no seio dos países alinhados, têm auxiliado a publicidade e a visibilidade das ações violadoras de direitos humanos, acarretando, inexoravelmente, um certo constrangimento político e moral às práticas governamentais. No entanto, *a globalização é ainda um jogo sem regras; uma partida disputada sem arbitragem, onde só os gigantes, os grandes quadros da economia mundial, auferem as maiores vantagens e padecem os menores sacrifícios.*¹⁹²

O rumo inarredável da globalização ocasiona o enfraquecimento da noção de que o Estado soberano é o ente promotor da políticas públicas fundamentais ao desenvolvimento da cidadania igualitária, tendo em vista a edição das constantes *cartas de intenções e declarações de direitos*, bem como as imposições políticas de gerenciamento de recursos internos aos países devedores no plano jurídico internacional. Como salienta André-Jean Arnaud, o paradoxo estimulado pela política internacional, já que *de cima: a ONU clama por uma implantação globalizada da democracia*, ao passo que as grandes potências econômicas, à margem do direito e das instituições internacionais, enaltecendo o papel de Estados soberanos e de verdadeiros *promotores da democracia*¹⁹³, impõem, *de per si*, regulações jurídicas de coerção e legitimam invasões nos países *do bloco do mal*, mas igualmente composto por nações soberanas, como nos casos do bloqueio a Cuba e da *ocupação* do Iraque.

nos Estados Unidos, essa média é de cerca de 900 quilos. A diferença resulta do fato de que, nos países ricos, alimentamos os animais com a maior parte dos nossos grãos, transformando-os em carne, leite e ovos. Por ser este um processo extremamente ineficaz, os habitantes dos países ricos são responsáveis pelo consumo de muito mais alimento do que o dos países pobres, que comem pouco produtos de origem animal. Se parássemos de alimentar os animais com grãos e com soja, a quantidade de alimento poupado seria – caso fosse distribuído aos que dele necessitam – mais do que suficiente para acabar com a fome no mundo inteiro.” SINGER, Peter. **Ética prática**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 231.

¹⁹² BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**: a derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 139.

¹⁹³ ARNAUD, André-Jean. Da regulação pelo direito na era da globalização. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). **Anuário**: direito e globalização, n.1 - a soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 35.

Diante desse quadro, Celso Lafer diagnostica a *crise global da racionalidade*, na medida em que determinadas economias não criam bens e serviços públicos em escalas apropriadas, hábeis a sustentar o funcionamento adequado dos sistemas políticos, desmotivando o exercício e o aprimoramento cívico da cidadania. Dentre as causas principais dessa atual conjuntura situa-se o paradoxo dicotômico da governabilidade interna e externa, ou seja, a própria governabilidade do sistema internacional, pois excesso de poder e de impotência, bem como as *forças centrífugas* dos conflitos étnicos, religiosos, nacionais e os riscos de guerras comerciais entre blocos econômicos tendencialmente protecionistas dificultam *a construção de uma consciência coletiva valorizadora, no plano da comunidade mundial, do respeito aos direitos humanos.*¹⁹⁴

O planejamento estratégico da democracia capitalista imposta pelos grandes grupos econômicos aos países em desenvolvimento, seguindo as regras do “livre mercado”, mediante a ordem de ajustes estruturais ditados pelo FMI e pelo Banco Mundial, *agências cobradoras de faturas para países credores*¹⁹⁵, e igualmente ditados pelas grandes empresas transacionais e pelo G8, na maioria das vezes é debatido longe das fronteiras dos países endividados, e até sem o consentimento de seus representantes, restando claro *que os “diktats” externos suplantam muitas vezes o Estado na sua soberania de regulação social, a despeito de todas as aparências.*¹⁹⁶

O processo de *fragmentarização da soberania* em prol de uma *racionalidade da organização social*¹⁹⁷ acarreta profundos abalos na regulação constitucional dos direitos. Os conseqüências da globalização, representativa dos interesses das nações tidas de *primeiro*

¹⁹⁴ “As ameaças à democracia por obra de situações de ingovernabilidade têm desdobramentos e ressonâncias no plano internacional, que colocam patamares ainda mais complexos para a análise da crise global de racionalidade. De fato, quem olha hoje para o sistema internacional percebe um jogo complexo, dicotômico e paradoxal das forças centrípeta e centrífuga. Entre as primeiras cabe destacar a globalização dos mercados; a construção de uma consciência coletiva valorizadora, no plano da comunidade mundial, do respeito aos direitos humanos, à democracia e ao meio ambiente; a apreciação generalizada do papel positivo das organizações internacionais e dos mecanismos de integração econômica de alcance supranacional. Entre as segundas pode-se realçar a intensificação dos conflitos étnicos, religiosos e de nacionalidades; os riscos de guerras comerciais entre megabloques tendencialmente protecionistas...” LAFER, Celso. **Desafios: ética e política**. São Paulo: Siciliano, 1995. p. 172-3.

¹⁹⁵ “Como ao longo de toda a história, tais experiências com o dogma do *laissez-faire* não são fracassos para os planejadores, por mais que outros possam se sair bem ou mal. Eles são, além disso, realizadas sem apoio do público em geral. O Ocidente gosta de fingir que “governos democraticamente eleitos” no Sul estão ansiosos em seguir as recomendações dos consultores dos países ricos, mas mesmo o mais breve conhecimento da história recente e das realidades sociais é suficiente para pôr de lado tal pretensão cínica.” CHOMSKY, Noam. **Novas e velhas ordens mundiais**. Traduzido por Paulo Roberto Coutinha. São Paulo: Scitta, 1996. p. 187. Tradução de World orders old and new.

¹⁹⁶ ARNAUD, André-Jean. Da regulação pelo direito na era da globalização. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). **Anuário: direito e globalização**, n.1 - a soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 56-7.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 37.

mundo, definitivamente impedem o desenvolvimento da política efetiva do *Welfare State*, na medida em que reduzem significativamente o poder do Estado em implementar as políticas públicas necessárias à redução das desigualdades sociais.¹⁹⁸

Uma perspectiva crítica a atual conjuntura globalizante conduz à inevitável conclusão que uns Estados são mais soberanos que outros, já que as instituições de fomento internacionais mantidas pelos megablocos econômicos terminam por ditar as novas regras do jogo pela imposição de uma administração estratégica de gerenciamento interno da política.

Os países devedores, ou então, as nações não-alinhadas neste jogo político internacional, terminam por conviver sob o manto coercitivo das sanções de natureza comercial, da perda da autonomia política para a implantação de políticas públicas fundamentais, ou mesmo de invasões em prol da implantação da democracia, pois *quanto mais o estado de natureza é superado internamente, tanto mais é reproduzido e desenvolvido externamente*.¹⁹⁹

A crise paradigmática da falta de consenso das nações que ainda não implementaram o Estado gerenciador de políticas sociais para a condução da governabilidade global, conduz à necessidade de reconsideração do papel do Direito interno na condução das sociedades contemporâneas, sobretudo nos países estigmatizados pela injustiça social, já que possuem, no plano normativo, a tábua de salvação da Constituição Federal *como escudo contra os efeitos excludentes da globalização*.²⁰⁰

A doutrina política liberal que historicamente estabeleceu as suas bases epistemológicas sob a noção de que o Estado é o oposto da sociedade civil e, portanto, potencialmente o seu inimigo, aproximou, sobremaneira, os conceitos de Estado fraco e Estado mínimo. No entanto, essa noção terminou sendo gradualmente abandonada, à medida que o avanço do capitalismo passou a exigir maiores mecanismos de intervenção do Estado.

¹⁹⁸ SARMENTO, Daniel. **Constituição e globalização**: a crise dos paradigmas do direito constitucional. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). **Anuário**: direito e globalização, n.1 - a soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 53-61.

¹⁹⁹ “Quanto mais se limita – e, através de seus próprios limites, se autolegitima – a soberania interna, tanto mais se absolutiza e se legitima, em relação aos outros Estados e sobretudo em relação ao mundo “incivil”, a soberania externa. Quanto mais o estado de natureza é superado internamente, tanto mais é reproduzido e desenvolvido externamente. E, quanto mais o Estado se juridiciza como ordenamento, tanto mais se afirma como entidade auto-suficiente, identificando-se com o direito mas, hipostasiando-se como sujeito não-relacionado...” FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35.

²⁰⁰ SARMENTO, Daniel. **Constituição e globalização**: a crise dos paradigmas do direito constitucional. p. 70.

Daí porque faz-se mister a redefinição da papel do Estado, sobremaneira, diante das realidades peculiares apresentadas nos limites de seu território, pois a transmutação da concepção do Estado como oposto da sociedade civil foi substituída pela idéia do Estado como reflexo da sociedade civil. *A partir de então um Estado forte passou a ser condição de uma sociedade civil forte. O consenso do Estado fraco visa repor a idéia liberal original.*²⁰¹

Nesse sentido, faz-se mister situar corretamente os países em desenvolvimento como o Brasil que se encontram em processo de superação das desigualdades internas, por intermédio da aplicação e confecção das normas jurídicas como instrumentos dogmáticos de reprodução e manutenção do *status quo*, impedindo a formação de uma matriz teórica que concebe a Constituição Federal como ordenamento jurídico-político dirigente, compromissário e vinculador, e a ciência jurídica como instrumento indispensável de transformação social.

No entanto, a perda da centralização absoluta da soberania nas mãos dos governos domésticos em um sistema mundial complexo, caracterizado pela descentralização das tomadas de decisões, não afastou o Estado como centro regulador das ações sociais, antes pelo contrário, o fortalecimento do Estado dirigente passa a ser verdadeira *conditio sine qua non* dos Estados emergentes para a contenção da globalização neoliberal e a busca pela unidade social. No dizer de Lenio Luiz Streck:

O Estado não pode mais ser ‘soberano’ no velho sentido – ele pode compartilhar autoridade com governos subnacionais cujos poderes autônomos específicos são garantidos, ele não pode mais considerar associações e organismos associados como ficções legais, que têm seus poderes limitados outorgados por seu próprio decreto revogável –, mas ele definirá o campo de autoridade e da ação legitimadas em seus papéis como árbitro constitucional e elaborador de leis. Mais do que isso, o papel dos Estados como fontes de autoridade da lei também vai se tornar mais central, uma vez que, como a economia internacional, o meio ambiente e a governabilidade social se expandem, de modo que o papel da lei internacional crescerá. Essa lei internacional, nas suas mais variadas formas, sem um conjunto significativo de Estados enquanto fontes de autoridade da lei, será um procedimento contraditório. É como Estados impondo leis aos cidadãos que não internalizam as regras ou não governam suas ações por essas regras.²⁰²

A atual conjuntura global, portanto, não pode deixar de ser analisada sob uma perspectiva crítica. A reprodução passiva de soluções externas²⁰³ e a tomada de

²⁰¹ SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2002. p. 41.

²⁰² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 71.

²⁰³ “Tal como postulada nas propostas a seu propósito definidas no mundo desenvolvido, a *desregulação* consistiria em uma correção dos rumos do Estado social. Há sociedades, no entanto – e muitas delas, como o Brasil, na América Latina –, nas quais as condições efetivas do Estado social não foram ainda realizadas, de sorte que

comportamentos pusilânimes diante das ingerências estrangeiras de toda ordem, igualmente terminam por corroer e desestimular as políticas públicas internas destinadas a reduzir as desigualdades sociais nos países em desenvolvimento. A visão determinista calcada na racionalidade prática da ética individual, incapaz de situar o indivíduo em um contexto global de assunção de responsabilidades com o meio social, *é inadequada para responder adequadamente às exigências éticas da nova situação em que nos encontramos, por outro lado, não foi ainda substituída por uma macroética capaz de conceber a responsabilidade da humanidade pelas consequências das acções colectivas ao nível da escala planetária.*²⁰⁴

A razão de Estado, segundo Luigi Ferrajoli, traduz, na realidade, a *razão de potência* que, no plano político, é alimentado pelo sentimento agressivo de nacionalismo, pelo expansionismo e pelo *desprezo pelos povos “incivis” ou “naturais” do resto do mundo, que ainda não conseguiram chegar à maturidade do Estado.*²⁰⁵ A racionalidade de um comando, portanto, passa a ser aferida sob o ponto de vista dos fins a que se destina a ordem, de modo que, no plano político mundial, “as razões” ou “a racionalidade”, definitivamente, não correspondem aos interesses locais.

A racionalidade do Estado para Max Weber²⁰⁶ é não pode ser dissociada da forma capitalista e burocrática de dominação econômica, sendo que Estado racional compreende uma relação de dominação entre os homens, cuja subsistência é apoiada em normas jurídicas justificadoras da coação legítima, a fim de que os dominados sejam submetidos às ordens invocadas pelos homens dominantes.

A necessidade de manutenção de um Estado burocrático *que sentencia e administra na base de um direito racionalmente estatuído e de regulamentos racionalmente concebidos*²⁰⁷ encontra-se diretamente relacionada à estruturação da ordem capitalista, tanto no plano interno quanto no plano internacional. A dominação racional ou

configura algo no mínimo estranho, porque dissociado das realidades sociais, a importação, sem ressalvas, para que nelas sejam aplicadas, das soluções européias e norte-americanas, cujos resultados já estão a se manifestar.” GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 99-100.

²⁰⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1999. p. 91.

²⁰⁵ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 37-8.

²⁰⁶ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Traduzido por Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. v. 2. Tradução de *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der Verstehenden Soziologie*.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 517-43.

legal, na crença acerca da legitimidade das ordens e comandos estatuídos pelas normas jurídicas e pelos indivíduos que estão nomeados para exercer a dominação, sob o ponto de vista social, sacramental o formalismo exagerado na produção das leis e no exercício da função jurisdicional, sem maiores apreciações particulares, sob a noção de “cumprimento de dever”, inserida numa burocracia de massa, pois, segundo a correta acepção weberiana, *é a tendência que exige menos esforço*.²⁰⁸

A racionalidade moderna, segundo Boaventura de Souza Santos, aperfeiçoou-se para criar uma *irracionalidade global* que paira sobre as mini-racionalidades múltiplas e fragmentadas, representativas da resistência às desigualdades intensificadas na pós-modernidade. Daí porque o aparecer das racionalidades locais é o norte primordial para a orientação teórica de atuação política interna, porquanto *As mini-racionalidades pós-modernas estão, pois, conscientes dessa irracionalidade global, mas estão conscientes que só a podem combater localmente. Quanto mais global for o problema, mais locais e mais multiplamente locais devem ser as soluções*.²⁰⁹

Conseqüentemente, a efetiva implantação do Estado Democrático de Direito no Brasil estatuído na Constituição Federal e a superação do antigo paradigma liberal-individualista devem servir como norte de compreensão e atuação dos operadores do Direito, pois efetivamente *A concepção individualista da sociedade já conquistou muito espaço*²¹⁰, sendo preciso conceber o Direito como instrumento indispensável para a derrubada das barreiras sociais e a implantação definitiva da cidadania neste país, o que não será possível sem a redefinição, sobremaneira, do papel do Poder Judiciário para superação da crise de um Direito meramente mantenedor e reproduzidor das desigualdades sociais.

²⁰⁸ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Traduzido por Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. v. 2, p. 139-47. Tradução de *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der Verstehenden Soziologie*.

²⁰⁹ “Esta situação deve-nos precaver contra a tentação de caracterizar a pós-modernidade como cultura da fragmentação. A fragmentação maior e mais destrutiva foi-nos legada pela modernidade. A tarefa é agora a de, a partir dela, reconstruir um arquipélago de racionalidades locais, nem mínimas nem máximas, mas tão-só adequadas às necessidades locais, quer existentes quer potenciais, e na medida em que elas forem democraticamente formuladas pelas comunidades interpretativas. As mini-racionalidades pós-modernas estão, pois, conscientes dessa irracionalidade global, mas estão também conscientes que só a podem combater localmente. Quanto mais global for o problema, mais locais e mais multiplamente locais devem ser as soluções.” SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1999. p. 110-1.

²¹⁰ Cf. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 126.

Nesse ínterim, a implementação de um Estado fortalecido e engajado com um novo modelo de organização social impende a aplicação de um Direito autêntico, como antes mencionado, desvincilhado de um *consenso racional* de justificação das práticas judiciárias, inserido num contexto de globalização de interesses e de realidades nacionais completamente díspares.

A concepção weberiana da (ir)racionalidade como condução natural da imposição do poder é uma realidade que impede a transformação de nosso triste quadro social. No entanto, a superação da crise do Direito brasileiro deve necessariamente passar pelo conhecimento das formas de condução e instrumentalização do Direito material, tanto na área penal como na área civil, porquanto no âmbito interno, o arcabouço legislativo infraconstitucional e o enfoque dado na aplicação normativa pela judicatura são representativos da racionalidade dogmática e, portanto, mantenedores do *status quo*, pois, no dizer de John RAWLS, os princípios da escolha social são os princípios da justiça como equidade e, sob o enfoque contratualista, a única forma de retomada do consenso original.²¹¹

Já âmbito externo, muito embora a evolução inegável do Direito Internacional Público contemporâneo, a partir do segundo pós-guerra, ao tentar sistematizar a propagação da universalização da cidadania interplanetária mediante a elevação do indivíduo a sujeito potencial desta nova comunidade internacional, o paradigma da (ir)racionalidade global igualmente restou mantido, justamente no momento histórico da instalação do Tribunal Penal Internacional, primeira jurisdição internacional permanente de caráter criminal da história da humanidade, ao consagrar o princípio da complementaridade jurisdicional e institucionalizar, no plano internacional, a desigualdade dos Estados soberanos.

Tal aspecto representa um verdadeiro óbice para a internacionalização da cidadania também no plano mundial, pois se a igualdade social para indivíduos que se encontram em um mesmo plano jurídico é condição para a formação de uma justiça social com equidade, a percepção da igualdade jurídica entre Estados soberanos não pode ser diferente, sob pena de manutenção também do *status quo*, mas agora marcado pela desigualdade das soberanias entre os Estados.

²¹¹ Cf. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 03-49.

A verdade é que a justiça penal internacional, por mais relevantes os valores que se pretende tutelar, não se encontra imunizada dos efeitos da problemática representada pela legitimação e pela eficiência de suas normas de proteção, pois *a sua distância dos poderes constituídos nacionais e dos espaços de discussão pública de cada país dificulta seu controle jurídico e político. Há o risco de que sua independência transforme-se em plena automatização, ou seja, em desligamento dos anseios das populações, tornando-se uma instituição “imune” a qualquer crítica e, por isso, problemática do ponto de vista das exigências democráticas.*²¹²

Diante dessa perspectiva, percebe-se que o jusnaturalismo moderno afastou-se da prudência do razoável ao tentar transformar o Direito numa ciência lógica-demonstrativa e automatizante²¹³, e que se encontra também amplamente difundido na instrumentalização das normas jurídicas de direito material no âmbito interno brasileiro, como se verá adiante. No entanto, a multiplicidade das situações inseridas em um sistema complexo de relações internas e externas, demanda análise da crise do Direito, enquanto sistema aberto, sob uma perspectiva hermenêutica-filosófica como condição de rompimento do paradigma representado pela dogmática jurídica tradicional, a fim de afastar a propagação de métodos unívocos para lidar com as multiplicidades, evitando o descompasso entre a norma prevista e aplicada com a realidade nacional e mundial.

5.2.2 A racionalidade e a manutenção da realidade social via instrumentalização do Direito.

A ciência jurídica é, em suma, o estudo científico do Direito. Talvez tal assertiva não seja objeto de expressivas contestações por parte dos cientistas. No entanto, a enorme divergência reside justamente no objeto desse estudo, qual seja, o próprio Direito. Afinal, o que é o Direito? O que significa e o que abrange o objeto da ciência jurídica?

²¹² SABADELL, Ana Lucia; DIMOLIUS, Dimitri. Tribunal Penal Internacional e Direitos Fundamentais: Problemas de Constitucionalidade. **Cadernos de Direito do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba**, Piracicaba, v. 3, n. 5, p. 244, 2003.

²¹³ “O jusnaturalismo moderno afastou-se da prudência do razoável ao tentar transformar o Direito numa ciência lógico-demonstrativa e, portanto, racional. A crença na ciência, que levou ao esforço de construir uma jurisprudência científica, também procurou, através do bom método, inserir o Direito no campo do racional. Entretanto, as oscilações epistemológicas que caracterizam o campo metodológico da Filosofia do Direito levaram os jusfilósofos, na constituição dos diversos campos do paradigma, a seguir em última instância a lógica do razoável diante dos problemas práticos colocados pelo Direito Positivo na vida contemporânea.” LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 75.

Para Guerra Filho²¹⁴ “a primeira grande elaboração teórica do Direito deve-se aos romanos, que incorporaram para isso as categorias forjadas pelos gregos para o conhecimento em geral”. O Direito romano, fundamentalmente, alicerçava o objeto da ciência jurídica na confecção e aplicação das normas jurídicas. No medievo, a ciência jurídica era concebida na positivação e seu enfoque litúrgico. A partir do século XVIII, a Europa continental recebia enormes influências racionalistas com o desenvolvimento das ciências ditas exatas, em decorrência, procurou dar um enfoque científico às Ciências Sociais e, paradoxalmente, mais humanista, em face do iluminismo e sua enorme repercussão política e artística.

O objeto da ciência do Direito, no entanto, não mais se restringe à formulação e aplicação das leis, mas ao estudo metodológico da observação da estrutura dogmática do Direito, ensejando o sutil resgate de alguns ideais clássicos do justo e do ético, bem como do ideológico/político, da cooperação, da diferença/consenso das relações humanas e dos sistemas sociais. Para Rocha²¹⁵, a forma – paradoxal – de articulação da ciência jurídica com dogmática jurídica permite englobar as teorias jurídicas em três matrizes:

1- Matriz Analítica (Normativismo – KELSEN – Lógica Deontica): oculta os paradoxos ou tenta “purificar” o direito de suas influências; neste sentido, pode ser caracterizada como sendo uma Epistemologia Tautológica: que pretende evitar os “riscos”, gerando “segurança”;

2- Matriz Pragmático-Hermenêutica (HABERMAS): concebe os paradoxos como constitutivos do direito; caracterizando uma Epistemologia dos Paradoxos que constata os paradoxos e riscos, mas não os soluciona;

3- Matriz Sistêmica (LUHMANN): procura “desparadoxizar” os paradoxos usando-os criativamente; caracterizando uma Epistemologia Des-Paradoxizante.

As clássicas críticas às duas primeiras matrizes baseiam-se na proposta incipiente de observação das complexas relações sociais do mundo moderno, desprezando as contingências externas ao Direito, no tocante à matriz analítica; e a possibilidade da livre manifestação discricionária, impedindo uma visão sistêmica da sociedade em face da proeminência da situação jurídica *inter partes*, no que tange à matriz hermenêutica.

²¹⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 25.

²¹⁵ ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM, 1997. p. 25.

A concepção dogmática de sociedade restringe, sobremaneira, o objeto da ciência jurídica. A sociedade moderna não mais pode ser analisada sob um enfoque simplístico, ou seja, como um complexo de relações entre os homens e, sob o ponto de vista do direito, como um complexo de relações jurídicas tuteladas pelo Estado.

A queda do mundo medieval em decorrência da revolução européia propiciou a busca incessante da racionalidade como meta do conhecimento, sob uma perspectiva individualista e liberal ao gosto da burguesia. A idéia de sociedade partia do conhecimento do homem em suas relações com outros homens e com a natureza.

Entre os séculos XV e XVII a sociedade européia conviveu com a intensa evolução científica das ciências exatas, sobretudo da matemática a partir das contribuições cosmológicas de Copérnico, Giordano Bruno e Galileu Galilei, oportunidade em que os cientistas passaram a captar a tentativa da universalização da racionalidade para outras áreas da ciência. Nesse campo, Châtelet esclarece que a busca da racionalidade não se alterou dos gregos até a revolução de Copérnico e Galileu até Descartes:

O que é novo, e que tentei mostrar hoje, é que o projeto de Copérnico e de Galileu, e particularmente o de Galileu, não utiliza mais a linguagem cotidiana para elaborar esse razão, mas toma a linguagem matemática como modelo. Trata-se, pois, de produzir uma linguagem que seja tão próxima quanto possível da inteligibilidade, da exatidão e do rigor da linguagem matemática.²¹⁶

A busca de segurança propagada nos campos da filosofia e da política do século XVII contribui para o abandono do pensamento clássico de Aristóteles²¹⁷. A retórica aristotélica iniciava a ser substituída pela concepção racionalista e nitidamente liberal das relações humanas com a ciência.

As raízes do *conceitualismo* moderno, responsável pela criação do chamado ‘mundo jurídico’ e pelo extraordinário divórcio entre as criações puramente normativas do Direito e o mundo social, a que depois Kant emprestaria seu prestígio e autoridade – de que se fez arauto Savigny, no campo da doutrina jurídica (v. Hans Hattenhauer, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, p. 202) -, podem ser descobertas nas vertentes ideológicas presentes no pensamento dos filósofos do século XVII, particularmente em Hobbes e Leibniz; o primeiro, tanto como Descartes, integrante da corrente voluntarista, originária da filosofia medieval de Duns Scot e Ockham (Michel Villey, *Seize essais de philosophie du droit*, Cap. X), para os quais o direito – como depois vulgarizou-se na doutrina moderna – era a expressão da vontade do soberano; o último a reivindicar, tanto para a moral quanto para o direito o *status* de

²¹⁶ CHÂTELET, François. **Uma história da razão**: entrevistas com Émile Noël. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992. p. 66.

²¹⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 106-7.

ciências racionais, puras, a prescindir da experiência, como igualmente Descartes preconizava para todos os gêneros de conhecimentos verdadeiros.²¹⁸

Inegável a influência histórica dos filósofos contratualistas para a formação teórica do positivismo jurídico impulsionado pelas idéias propagadas pelo expoente do jusnaturalismo racionalista Thomas Hobbes, considerado um dos precursores do positivismo elaborado cientificamente por juristas como Hans Kelsen, Herbert Hart e Norberto Bobbio.

Muitos outros cientistas e filósofos propagaram o ideal racionalista na sociedade moderna, cultuada nos dias atuais e responsável pela busca utópica da certeza no campo das ciências jurídicas, obstruindo, sobremaneira, uma visão sistêmica da fenomenologia social.

O objeto do conhecimento sob uma perspectiva dogmática regeu toda a construção das ciências humanas, adaptando-a aos métodos de conhecimentos científicos das áreas das ciências exatas. A ciência jurídica, portanto, desenvolveu-se sob a ótica de uma análise combinatória previamente equacionada e alheia às críticas acerca da natureza contingencial e sistêmica das relações humanas, cuja a falibilidade da percepção dos sentidos próprios de uma ciência social impossibilitava a incidência de uma racionalidade pura.

As teorias jurídicas contemporâneas procuram analisar epistemologicamente as relações humanas sob um enfoque comunicacional. As comunicações produzidas, portanto, formam o complexo de elementos estruturantes das relações entre os sistemas. O homem não pode mais ser concebido como um de objeto de conhecimento e, portanto, detentor de uma vontade alteradora do mundo fático, mas, sim, como um elemento propulsor de comunicações selecionadas por um sistema delimitado pela diferenciação com o ambiente e, em princípio, operacionalmente fechado.

Essa nova possibilidade teórica a partir de uma nova visão *comunicacional* da sociedade, não como uma modalidade de alteração do mundo do ser, mas como um elemento diferenciador dos sistemas, alargou o campo de observação dos pesquisadores, libertando-os das amarras de um modelo pragmático-racionalista que restringia o campo de conhecimento através da relação sujeito e objeto.

O grande sistema social deve ser entendida como uma complexidade de sistemas que se diferenciam basicamente pela seleção de comunicações e, portanto, autoreprodutivo. Nesse

²¹⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 107-8.

interim, fundamental os ensinamentos de Niklas Luhmann acerca da sociedade como um sistema, por sua vez, social. Nessa seara:

Minha sugestão é colocar como fundamento o conceito de comunicação e, com isso, transpor a teoria sociológica do conceito de ação para o conceito de sistema. Isso torna possível apresentar o sistema social como um sistema de reprodução de comunicações a partir de comunicações, constituído apenas de suas próprias comunicações e operacionalmente fechado. Com o conceito de ação é quase impossível evitar referências externas. Uma ação, na medida em que precisa ser atribuída, exige fazer referências a coisas não constituídas socialmente: a um sujeito, a um indivíduo, ate mesmo, para todas as finalidades práticas, a um corpo vivo, ou seja, a uma posição no espaço. Somente com o auxílio do conceito de comunicação pode-se pensar num sistema social como um sistema autopoietico, constituído só por elementos, isto é, comunicações, que ele próprio, através da rede de conexões desses mesmos elementos, produz e reproduz via comunicações. Isto significa também que o conceito de comunicação torna-se um fator decisivo para a determinação do conceito de sociedade. Dependendo de como se define comunicação, define-se sociedade – e definição entendida aqui no sentido exato de determinação de limites –. Em outras palavras: a construção da teoria precisa ser conduzida com dois olhos, um voltado para o conceito de sistema e outro para o conceito de comunicação. Somente deste modo ela atinge o ajuste focal necessário.²¹⁹.

A finalidade desta sucinta pesquisa limita-se a análise da teoria sistêmica, ou seja, o enfoque sociológico do fenômeno social do Direito como um sistema diferenciado enquanto “*estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas*”²²⁰, não comportando um estudo acerca das duas primeiras matrizes, inobstante indispensáveis e estruturais quanto ao pensamento jurídico contemporâneo, uma vez que a própria gênese da matriz sistêmica reside no estudo epistemológico do normativo e do hermenêutico. Aliás, tal ligação foi bem delineada por Welter²²¹, pois *Somente com a adjudicação das três matrizes epistemológicas é que teremos um comando judicial normativo, interpretativo e autopoietico, ou seja, uma sentença umbilicalmente ligada à norma (normativa), discricionária (hermenêutica) e inserida no complexo comunicativo social (sistêmica).*

A teoria sistêmica pode ser considerada uma evolução universal das relações sociais globalmente consideradas. Guerra Filho²²², lembrando Luhmann, leciona que a teoria dos sistemas sociais autopoieticos *substitui a posição epistemológica sujeito x objeto*” (*abordagem objetivo-teorético*) *pela diferenciação funcional “sistema x meio” (abordagem*

²¹⁹ LUHMANN, Niklas. **A nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Editora da Universidade, 1997.

²²⁰ LUHMANN, Niklas. **Do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 121.

²²¹ WELTER, Belmiro Pedro. O sistema epistemológico de Hans Kelsen. **Revista do Ministério Público**, [S.l.], n. 45, p. 32, 2001.

²²² GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1993.

diferencial-teorética) e considera como seu objeto não o ser humano, mas o intercâmbio de comunicação.

Os sistemas caracterizam-se pelas relações com o ambiente ou meio circundante (*Umwelt*). Apenas um sistema apresenta sentido e identificação, enquanto o ambiente é considerada apenas *uma complexidade bruta, que ao ser reduzida já faz parte de um sistema*²²³.

A pretensão universalizante da teoria sistêmica trabalha seus elementos a partir de uma organização que garante a unidade de um sistema, sendo que a garantia da autonomia e a organização de um sistema são representadas pela sua clausura e a abertura cognitiva para observar a sua diferença cognitiva. Diz-se, portanto, autopoieticos os sistemas, em virtude da reprodução dos elementos que compõem um determinado sistema. A autoreprodutibilidade, portanto, não permite entradas de elementos (*inputs*) e saídas (*outputs*).

Luhmann distingue três tipos fundamentais de sistemas autopoieticos:

- sistemas vivos referentes às operações vitais;
- sistemas psíquicos que dizem respeito à consciência e ao modo de operação; e
- sistemas sociais cujo traço característico é a comunicação.

Como é sabido, Luhmann dedica-se à elaboração dos sistemas sociais autopoieticos. Os sistemas sociais não são compostos por pessoas, mas por comunicações. Os sistemas sociais são sistemas comunicativos auto-referentes. Para um determinado sistema social é fundamental a presença da auto-observação (sistemas cognitivos), uma vez que permite a diferenciação entre sistema e ambiente, garantindo que um determinado elemento pertence a um determinado sistema, em contraposição ao sistema social total.

O sistema total (sociedade) equivale ao ambiente dos sistemas parciais. Os sistemas parciais se diferenciam por reunirem certos elementos ligados por relações formando uma unidade. O sistema jurídico pertence à categoria dos “sistemas funcionais” do sistema social global cuja tarefa é a redução da complexidade advinda do meio circundante. Luhmann

²²³ ROCHA, Leonel Severo. Direito, cultura política e democracia I. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

conceitua o Direito com sendo *a generalização congruente de expectativas comportamentais*.²²⁴

As expectativas para Luhmann são classificadas como normativas e cognitivas. O tipo de absorção dos desapontamentos dessas expectativas auxilia na diferenciação entre as expectativas cognitivas e normativas. Em nível cognitivo, as expectativas, no caso de desapontamentos, são adaptadas à realidade (assimilação/aprendizado). Diferentemente nas expectativas normativas, onde as expectativas não são abandonadas nas hipóteses de transgressão. Disso resulta que na teoria sistêmica proposta por Luhmann o Direito pode reagir das irritações advindas do ambiente social através de impulsos próprios, pois embora operacionalmente fechado, é passível de transformação e adaptação social.

A teoria sistêmica proposta por Luhmann tem por escopo primordial a redução da complexidade de um mundo excessivamente complexo. Simplificar é preciso a partir do reconhecimento que a vida social é composta por inúmeros sistemas sociais cuja função é captar e reduzir a complexidade do mundo selecionando as inúmeras possibilidades apresentadas pelo ambiente²²⁵.

Convém salientar que a Teoria da Comunicação em Niklas Luhmann adquire fundamental importância para a noção de sociedade, pois esta não é constituída de sujeitos, mas de comunicação. Este enfoque remete à noção dialógica da sociedade em sua constituição, pois a sua operacionalidade atua somente mediante processos comunicativos, que dependem de no mínimo dois interlocutores para realizá-la. A relevância desta abordagem para o presente estudo faz-se no sentido de revelar o caráter coletivo e dialógico que permeia o ensino jurídico desenvolvido em nossa sociedade contemporânea brasileiro.

O distanciamento do mundo jurídico das particularidades oriundas das relações sociais tem sido um dos pontos mais problemáticos da crise estrutural do Direito brasileiro. As origens do conceitualismo universalizante remontam à tradição histórica de atrelamento do Direito à pré-concepção dogmática generalizante. É inevitável a ligação deste contexto ao paradigma racionalista, delineado pelo avanço das ciências exatas ao longo da história da humanidade, que avançou no campo das ciências humanas e, sobremaneira, nas ciências jurídicas.

²²⁴ Niklas LUHMANN e sua obra. LUHMANN, Niklas. **A nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Editora da Universidade, 1997.

²²⁵ Niklas LUHMANN e sua obra. *Ibid.*

O positivismo exacerbado e a necessidade da constante busca pela neutralidade da jurisdição limitaram a capacidade do Poder Judiciário e dos juristas em conceber o Direito como uma ciência transformadora destinada a estabelecer bases sólidas para a formação de um Estado Democrático de Direito.

A concepção atual de Estado Democrático de Direito conferiu inafastáveis contornos publicistas à jurisdição, impondo a concepção de um novo modelo intervencionista e democrático de atuação estatal, em contraposição à atual ideologia político-liberal. No entanto, ao juiz não se concedeu a possibilidade sistemática de emissão de provimentos alicerçados em juízos de probabilidades inerentes às demandas sumarizadas, em prol de um modelo essencialmente ordinarizado de jurisdição e, conseqüentemente, inefetivo quanto à realização dos direitos previstos.

A revolução científica das ciências exatas experimentadas na Europa, sobretudo nos séculos XV e XVII, a partir das contribuições cosmológicas de Copérnico, Giordano Bruno e Galileu Galilei, possibilitou a inserção do Direito no campo racional da cientificidade, oportunidade em que os cientistas passaram a captar a tentativa da universalização da racionalidade para outras áreas da ciência.

A queda do mundo medieval em decorrência da revolução européia propiciou a busca incessante da racionalidade e do formalismo no Direito. O Juiz, portanto, deveria atrelar-se a todos os argumentos das partes na tentativa de buscar o mais alto grau de probabilidade nas alegações e, por conseguinte, de veracidade das provas contraditoriamente apresentadas, bem como na limitação da atividade judicial na avaliação da prova e na condução dos procedimentos

Em que pese a origem comum no Direito romano, a constante formalização racionalista das ciências jurídicas transcorreu de modo distinto na Europa Continental e no sistema inglês. A distinção traçada entre a tradição romano-canônica e a tradição anglo-saxônica da atividade judicial é perfeitamente delineada na obra de Merryman²²⁶:

Lo más importante de todo, el derecho común vernáculo de Inglaterra que se desarrolló según lineamientos muy diferentes de los seguidos por el jus commune en el Continente, no fue rechazado em beneficio del estatismo, nacionalismo, positivismo y soberanía. Al contrario, el derecho común inglés fue una fuerza

²²⁶ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. Traduzido por Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura Económica, 1979. p. 46-7 e 71-2.

positiva en el resurgimiento de Inglaterra como um Estado-nación, y fue aceptada calurosamente como evidencia de identidad e idiosincrasia nacionales. En el Continente la revolución parecía requerir la aceptación e incluso la glorificación Del mismo. Las implicaciones de esta diferencia em las actitudes hacia la codificación em los mundos del derecho civil y común son obvias. En el Continente, donde se creyó necesario rechazar el jus commune, era natural que los nuevos sistemas legales fueran codificados; en Inglaterra, donde se consideró necesario retener el derecho común, no se sintió la necesidad de codificación.

El resultado es que aunque existe una similitud superficial de funciones entre el juez del derecho civil y el juez del derecho común anglosajón, hay disparidades de importancia em sus papeles. En parte el juez en el sistema de derecho civil contemporáneo hereda una posición y realiza una serie de funciones determinadas por la tradición que se remonta hasta el iudex romano. Esta tradición en que el juez nunca ha sido considerado como parte de una actividad creadora se vio influida por la ideología de la revolución europea y por las consecuencias lógicas de la doctrina nacionalista de una estricta separación de poderes. El juez en el sistema de derecho civil desempeña así un papel mucho más modesto que el de su colega en el derecho común anglosajón y el sistema de selección y de inamovilidad del juez civilista es coherente con este muy diferente estado de la profesión judicial.

Nesse campo, François Châtelet esclarece que a busca da racionalidade erigiu a linguagem como fórmula matemática de comunicação:

O que é novo, e que tentei mostrar hoje, é que o projeto de Copérnico e de Galileu, e particularmente o de Galileu, não utiliza mais a linguagem cotidiana para elaborar esse razão, mas toma a linguagem matemática como modelo. Trata-se, pois, de produzir uma linguagem que seja tão próxima quanto possível da intelegibilidade, da exatidão e do rigor da linguagem matemática.²²⁷

A busca de segurança propagada nos campos da filosofia e da política do século XVII contribui para o abandono do pensamento clássico de Aristóteles²²⁸. A retórica aristotélica iniciava a ser substituída pela concepção racionalista da certeza e da segurança jurídicas:

As raízes do conceitualismo moderno, responsável pela criação do chamado ‘mundo jurídico’ e pelo extraordinário divórcio entre as criações puramente normativas do Direito e o mundo social, a que depois Kant emprestaria seu prestígio e autoridade – de que se fez arauto Savigny, no campo da doutrina jurídica (v. Hans Hattenhauer, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, p. 202) -, podem ser descobertas nas vertentes ideológicas presentes no pensamento dos filósofos do século XVII, particularmente em Hobbes e Leibniz; o primeiro, tanto como Descartes, integrante da corrente voluntarista, originária da filosofia medieval de Duns Scot e Ockham (Michel Villey, *Seize essais de philosophie du droit*, Cap. X), para os quais o direito – como depois vulgarizou-se na doutrina moderna – era a expressão da vontade do soberano; o último a reivindicar, tanto para a moral quanto para o direito o status de

²²⁷ CHÂTELET, François. **Uma história da razão**: entrevistas com Émile Noël. Traduzido por Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992. p. 66.

²²⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: RT, 1997. p. 106-7.

ciências racionais, puras, a prescindir da experiência, como igualmente Descartes preconizava para todos os gêneros de conhecimentos verdadeiros.²²⁹

A visão técnica e desinteressada sobre os fenômenos mundanos passou, então, a incorporar a cotidianidade do intérprete, e este, por seu turno, procurou manter-se neutro e distante de sua real situação no universo, ou seja, o intérprete está no mundo como ente imparcial, pois apenas o objeto é que realmente estaria inserido no universo dos demais entes.²³⁰

A idéia do poder absoluto proposta por Thomas Hobbes propiciou, sobremaneira, a restrição dos poderes do juiz, não lhe sendo facultado criar, interpretar ou inovar no direito, uma vez que o poder soberano é absoluto. O Magistrado, portanto, profere a sentença por intermédio da vontade e autoridade do soberano.²³¹

A desconfiança com que revolução européia encarava os juízes, em função de seus atrelamentos com o *ancien régime* também foi decisivo para a era das grandes codificações na Europa e, por consequência natural, da formação de um sistema judiciário burocrático, cuja finalidade era a de manter um Estado neutro e imparcial, consubstanciado na figura do juiz, fiel aplicador da lei e da vontade do soberano refletida nos textos legais.

Gottfried Wilhelm Leibniz, considerado como um “cientista universal”, tendo em vista as suas inserções em praticamente todas as ciências e artes de seu tempo, concebia o Direito sob o prisma da lógica aritmética, excluindo a idéia de probabilidade no Direito²³². O jurista holandês Hugo Grócio também fixou as raízes da filosofia antiaristotelista, anunciando

²²⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: RT, 1997. p. 107-8.

²³⁰ “A filosofia e a mentalidade comum pensam, desde há séculos, que a verdadeira realidade das coisas é a que se apreende <<objectivamente>> com um olhar desinteressado que é, por excelência, o olhar da ciência e das suas medições matemáticas.” VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Traduzido por João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 28.

²³¹ Thomas Hobbes, no capítulo XXVI - Das leis civis – da clássica obra *Leviatã*, assevera que: “A interpretação da lei da natureza é a sentença do juiz constituído pela autoridade soberana, para ouvir e decidir as controvérsias que dela dependem, e consiste na aplicação da lei ao caso vertente. Porque no ato da judicatura o juiz não faz mais do que considerar se a demanda da parte é compatível com a razão natural e com a equidade. A sentença que ele profere é, por conseguinte, a interpretação da lei da natureza, interpretação essa que é autêntica, não por ser sua sentença particular, mas sim porque ele a profere pela autoridade do soberano, o que a torna sentença do soberano, que é lei para as partes em litígio.” MORRIS, Clarence. **Os grandes filósofos do direito**. p. 123.

²³² Leibniz procurou elaborar uma teoria jurídica com rigor científico – “jurisprudência racional” -, procurando construir uma lógica jurídica fundamentadamente rigorosa e universalizante, a partir da *ars combinatoria*. MACEDO, Silvio de. **História do pensamento jurídico**. Porto Alegre: SAFE, 1997. p. 73.

o direito como a expressão da razão, cujo conteúdo seria a sociabilidade, pois do contratualismo surgia a inviolabilidade dos pactos advinda da *reta razão*.²³³

É inegável, forçoso reconhecer, a influência histórica dos filósofos contratualistas para a formação teórica do positivismo jurídico impulsionado pelas idéias propagadas pelo expoente do jusnaturalismo racionalista, Thomas Hobbes, considerado um dos precursores do positivismo elaborado cientificamente por juristas ao longo dos séculos XIX e XX. Nesse campo, assevera Leonel Severo Rocha²³⁴ que a forma – paradoxal – de articulação da ciência jurídica com dogmática jurídica permitiu englobar o positivismo jurídico em uma matriz analítica, considerando-o uma epistemologia tautológica que pretende evitar riscos, gerando segurança. Daí porque o ideal racionalista, cultuado nos dias atuais, é responsável pela busca utópica da certeza no campo das ciências jurídicas com a natural supressão dos juízos interpretativos extraídos das peculiaridades apresentadas judicialmente.

O crescimento da burguesia e a sua ingerência decisiva na formação do Estado moderno possibilitaram uma nova compreensão dos padrões do Direito e da justiça. A discricionariedade judicial não mais satisfazia os interesses de uma sociedade burguesa, que necessitava de um Estado monopolizador e representativo de seus interesses. Logo, as normas editadas deveriam ser executadas por um juiz fiel declarador da lei pretensamente unívoca.

Inobstante o rompimento com o medievo e a chegada da modernidade, inúmeros países, juntamente com o Brasil, adotaram o modelo de constante minimização do Estado e, no campo do Direito, a matriz jurisdicional mantenedora da realidade social em atendimento às políticas neoliberais.

Na realidade, o velamento dogmatizante do Direito representado, sobremaneira, pela pretensa logicidade das ciências humanas e pela busca constante de um método para alcançar um ponto de chegada (senso comum teórico dos juristas) fincou raízes nos ramos do processo civil e do processo penal, mas seus efeitos deram-se distintamente.²³⁵

²³³ MACEDO, Silvio de. **História do pensamento jurídico**. Porto Alegre: SAFE, 1997. p. 61.

²³⁴ ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997. p. 25.

²³⁵ “O Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer essa função social, foi – especialmente no Brasil – pródigo (somente) para com as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram/aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/loteando com o capital internacional os monopólios e os oligopólios da economia e, entre outras coisas, construindo empreendimentos imobiliários com o dinheiro do fundo de garantia (FGTS) dos trabalhadores, fundo esse que, em 1966, *custou a estabilidade no emprego para milhões de brasileiros!*”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 24.

A busca da certeza expressa na legislação, portanto, tal como nas ciências exatas, erigiu-se a um verdadeiro axioma do direito. John Henry Merryman já observara que a busca pela certeza nos países de tradição civilística, diferentemente do sistema anglo-saxão, tornou-se um valor supremo e, naturalmente, restritiva da atividade jurisdicional²³⁶.

Evidentemente, o idealismo contemporâneo dominante na busca da certeza traduz a vontade soberana de uma justiça idealizada que busca a verdade²³⁷ por intermédio de um processo devidamente codificado. Convive-se, portanto, com a busca processual da verdade efetivada pelos provimentos jurisdicionais formalmente concatenados e previsivelmente positivados, pois o devido processo legal é a garantia da igualdade dos cidadãos submetidos a um ordenamento jurídico.

No entanto, a verdade almejada dentro de um paradigma racionalista depende do processo de verificação que, em nosso ordenamento, nada mais é do que o próprio processo de conhecimento acauteladamente ordenarizado. Por isso, a dogmática tradicional termina por admitir que o processo comum de cognição plena e exauriente é o modelo de processo civil que possibilita a solução dos conflitos de interesses de maneira mais *segura*, pois permite às partes amplos meios de discussão e impugnações das decisões judiciais.

Ocorre que o Direito não pode ser desenvolvido e realizado sob a ótica de uma análise combinatória previamente equacionada pelo legislador. A natureza contingencial das relações jurídicas e a falibilidade da percepção dos sentidos próprios de uma ciência humana impossibilitam a incidência de uma racionalidade pura em busca de uma verdade utopicamente existente.

A crítica ao racionalismo desenvolvida pelas teorias pragmáticas da verdade, sobretudo as originárias do sistema norte-americano, questiona a pretensão da imutabilidade dos fatos aparentemente verdadeiros, pois a verdade, assim como a realidade, é mutável e não guarda a

²³⁶ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. Traduzido por Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura Económica, 1979. p. 88-101.

²³⁷ As idéias do teólogo Santo Tomás de Aquino (1225-1274) foram decisivas para a formação de um conceito de justiça paralelo ao valor intrínseco da verdade, uma vez que: “*A justiça portanto se chama verdade, porque é a retidão impressa na vontade pela retidão da razão, que se chama verdade.*” - 2a. 2ae. ,Q. 58, a 4. MACEDO, Silvio de. **História do pensamento jurídico**. Porto Alegre: SAFE, 1997. p. 73.

correspondência necessária com uma experiência anterior, mas com o seu interesse prático e com as razões pessoais de cunho utilitarista.²³⁸

Tal como uma equação, cujas etapas de uma fórmula exata devem ser fielmente obedecidas para alcançar o resultado certo, a ciência processual, em prol de uma racionalidade histórica garantidora da certeza e segurança jurídicas, universalizou o rito ordinário, sem a possibilidade de uma jurisdição diretamente efetiva, baseada em tutelas executivas e mandamentais.

A neutralidade da jurisdição na busca de uma certeza aparentemente fornecida pelo procedimento ordinário universalizado no sistema possibilitou, sobremaneira, a burocratização judiciária e o seu distanciamento como instrumento prático de efetivação de direitos referido por James Goldschmidt ou como meio destinado a pacificação social proposto por Adolf Schönke.²³⁹

Os pretensos juízos de certeza, na realidade, não passam de juízos de probabilidades disponíveis dentre as escolhas expostas ao julgador diante dos fatos controvertidos no processo. Não será o processo de conhecimento ordinarizado o único a fornecer elementos a um juízo seguro. O paradigma a ser enfrentado é de que o juiz, ao efetuar a sua escolha, efetive o direito pretendido pela parte, sem dilações formalizadas, já que a postergação da efetividade do direito não cumpre a destinação das normas jurídicas instrumentais.

Torna-se evidente, portanto, que o cumprimento da atividade jurisdicional traz ínsita a idéia de ato de império, necessário para a efetivação dos direitos materialmente positivados, sem o qual o processo não cumpre as funções a que se destina. No entanto, o paradigma racionalista extirpou a possibilidade da emissão de medidas equivalentes às ordens interditas para a efetivação dos direitos como forma autônoma de provimento jurisdicional, reduzindo o julgador a um mero declarador da lei, após o decurso de um processo de conhecimento longo, burocrático e formalmente concatenado em atos processuais muitas vezes desnecessários em razão do conteúdo da lide trazido a juízo.

²³⁸ NICOLÁS, Juan Antonio; FRÁPOLLI, María José. **Teorías de la verdad en el siglo XX**. Traduzido por N. Smilg, J. Rodríguez, Maía J. Frápolli e Juan. A. Nicolás. Madri: Tecnos, 1997. p. 26-43.

²³⁹ “Segundo James Goldschmidt, *o processo civil* “é o método que seguem os tribunais para definir a existência do direito da pessoa que demanda, perante o Estado, a tutela jurídica, e para outorgar-lhe esta tutela, caso tal direito realmente exista (*Derecho Procesal Civil*, trad. esp. de Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Labor, 1936, § 1, p. 1)”. Também: “Todo processo civil afeta também a comunidade, especialmente porque exige energias que esta há de prestar-lhe, e por isso, deve ter a *faculdade de influir amplamente, por meio do juiz, no curso do procedimento* [...] O processo civil não serve para medir habilidade ou destreza, como numa competição esportiva; é um remédio pacificador destinado a *restabelecer entre os particulares a paz e, com isto, manter a da comunidade*” (SCHÖNKE, op. §1, p.15)”. THEODORO JR., Humberto. **Direito e processo: direito processual civil ao vivo**. Rio de Janeiro: Aide, 1997. p. 17-21.

A matriz ideológica formada repousa na confortável premissa de que o processo de conhecimento não deve conter qualquer conteúdo executivo, tanto que a execução está prevista em um livro próprio, evidenciando que em nosso sistema o processo de conhecimento não traz ínsita a idéia de efetividade de algum direito, mas mera declaração. No dizer de Paulo Bonavides:

A idade dos direitos fundamentais e do constitucionalismo da liberdade atribuiu ao Judiciário papel de destaque, não raro de hegemonia e preeminência, que o liga inapartavelmente ao futuro da democracia, enquanto expressão, síntese e substância de quatro gerações de direitos, cuja concretude, garantia e universalidade, arrimada a elementos constitucionais de proteção, nunca poderá, amanhã, prescindir da intervenção eficaz e, se necessário, criativa do aparelho judiciário, como concretizador bem-sucedido dos sobreditos direitos, nomeadamente os das três derradeiras gerações que dele dependem. Isto – advirta-se – não há de levar ao malsinado “governo de juízes”, forma de todo ilegítima, mas há de significar, sem dúvida, necessidade de referendar novo contrato social, cujos pactuários não poderão deixar de admitir que um Judiciário forte é a primeira salvaguarda da democracia.²⁴⁰

Impossibilitar, portanto, a emissão judicial de provimentos baseados em juízos de verossimilhança e adotar a formalização demasiada do processo na busca idealizada da segurança, sob o alto custo social da demora da prestação jurisdicional, significa tolher o judiciário da necessária autonomia na escolha da aplicação do melhor direito, porquanto desprovido de institutos processuais que viabilizem a discricionariedade necessária para a efetivação sistemática da lei em nosso ordenamento.

A pretensa busca estatal de um “juízo de certeza” foi objeto de questionamento de Nicola Framarino Malatesta, ao propor a instigante pergunta: Que diriam os senhores tratadistas, se lessem numa sentença: Tício é condenado a tal pena, por ter provavelmente cometido tal crime? O referido jurista desmistifica a certeza como um juízo objetivamente alcançável pelo juiz. No processo civil, tal como no processo criminal, a atividade judicial na análise da prova encontra-se permeada pela historidicidade e faticidade do intérprete, já que:

A certeza que deve servir de base ao juízo do magistrado só pode ser aquela de que ele se acha na posse: a certeza como seu estado de alma. Deste ponto de vista, não é mais que uma afirmação intelectual, por parte do juiz, da conformidade entre idéia e realidade. Ora, esta afirmação pode ser cabível não obstante a percepção dos motivos contrários à afirmação; o espírito vê estes motivos contrários e, não os achando dignos de serem levados em consideração, rejeita-os e afirma. Neste caso,

²⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**: a derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 74-5.

não se deixa de estar diante da certeza, por que se está sempre diante da afirmação da conformidade entre noção ideológica e realidade ontológica.²⁴¹

A idéia do Estado como substituto legitimado da reação retributiva da vítima ou da coletividade, em decorrência da perpetração de uma infração penal, resultou na formação e solidificação do paradigma do ativismo judicial.²⁴² Daí porque o senso tradicional reproduz a orientação teórica baseada na concepção de que o magistrado não deve resignar-se às provas apresentadas pelas partes, mas, sempre que possível, efetuar diligências indispensáveis à eliminação das dúvidas em prol da certeza.²⁴³

Como se não bastasse, *o pacto racional* alicerçado na concepção do processo como instrumento inconsciente (ou consciente) de manutenção das barreiras sociais e o conseqüente afastamento da implantação definitiva da cidadania, o sistema jurídico brasileiro está longe de instituir uma cultura jurídica progressista, pois as normas, principalmente as de caráter criminal no Brasil, apresentadas como igualitárias são, na realidade, seletivas e estigmatizadas, ignorando a contradição entre as linhas programáticas justificadoras do seu funcionamento.²⁴⁴

Daí porque o direito brasileiro, aliado à forma paradigmática de instrumentalização de seu conteúdo material, também não assume o seu papel de transformação social, ao valorar desproporcionalmente os bens jurídicos em conformidade com os interesses sociais.

A macrocriminalidade e seus desdobramentos atentatórios à ordem econômica, à ordem tributária, às relações de consumo e à probidade na administração pública, responsáveis pela efetiva vitimização difusa, por abarcar todos os segmentos sociais do país, que terminam subtraídos dos recursos destinados à manutenção e ao desenvolvimento da sociedade como

²⁴¹ MALATESTA, Nicola F. **A lógica das provas em matéria criminal**. Traduzido por Paolo Capitanio. Brasil: Bookseller, 1996. p. 56.

²⁴² É inegável que a atual sociedade brasileira encabeça um movimento quase uníssono de combate à violência mediante a exigência de um aumento incondicional de repressão aos crimes. “Desta forma, o discurso sobre a lei e a ordem ganha força a cada dia. Assiste-se a população discursando sobre o tema, pronunciando-se na mídia e nas pesquisas de opinião, exigindo a intensificação da repressão do Estado, colocando o exército na rua, e a vigência do arbítrio, justicamento dos grupos de extermínio, a fim de acabar com a violência e a insegurança.” Extraído do artigo “O mito da verdade material em tempos pós-modernos (uma abordagem a partir da ética weberiana.)” de Sandra Negri Cogo. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 248.

²⁴³ “O papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo. Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir às deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a *par condicio*. E não pode satisfazer-se com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova.” GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo acusatório**. São Paulo: Forense Universitária, 1999. p. 80.

²⁴⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 17-26.

um todo, em que o legislador infraconstitucional com extrema condescendência quando da previsão das respectivas penas em abstrato, quando cotejadas, por exemplo, aos pequenos e pouco lesivos crimes contra o patrimônio, estes sim alçados à categoria de bem jurídico prioritário, merecedores de contundente e eficaz proteção penal, são apenas alguns exemplos dessa justificação metafísica do Direito no Brasil.²⁴⁵

Nesse íterim, a implementação de um Estado fortalecido e engajado com um novo modelo de organização social impende a aplicação de um Direito autêntico, desvencilhado de um *consenso racional* de justificação das práticas judiciárias. A busca pela verdade real no processo criminal, tal como concebido pela legislação e pela conseqüente exegese formulada pela doutrina dogmática, permitiu a formação de um contraponto baseado no resgate de ideais iluministas, basicamente calcados nos direitos fundamentais do homem historicamente conquistados.

O paradigma racionalista do Estado na busca da verdade visando à aplicação da norma penal, na realidade, avançou, de revés, nas esferas das garantias individuais, formando uma tênue linha divisória entre o racionalismo e o irracionalismo. A proposta de uma nova matriz iluminista, portanto, forneceu critérios para o desenvolvimento de uma filosofia do direito alicerçada no garantismo:

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção estatal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a ‘defesa social’ acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.²⁴⁶

O condicionamento estatal na busca de uma verdade estigmatizada e humanamente inalcançável em razão, sobremaneira, das limitações das percepções humanas e do utilitarismo ideológico na confecção legislativa, não podem servir de alicerce para a legitimação do discurso de uma ordem social voltada eminentemente para uma *legalidade abusiva* e, muitas vezes, desvirtuada pelas incongruências legais e desproporcionais na tipificação de crimes e institutos processuais voltados, principalmente, à repressão de crimes de menor dano social.

Em que pese os princípios garantistas possibilitarem a formação de uma matriz teórica política-filosófica, evidencia-se a pertinência de seu alcance no direito penal e processual penal,

²⁴⁵ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos & rituais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 53-73.

²⁴⁶ CARVALHO, Amílton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 17.

sob a ótica de um *modelo garantista de democracia constitucional*²⁴⁷. As garantias, portanto, apenas poderão ser viabilizadas efetivamente quando aplicadas não só no campo do direito penal, mas, também, no processo criminal enquanto seu inafastável instrumento.

O modelo do positivismo-racionalista inspirado no avanço das ciências exatas possibilitou a formação de um retrocesso baseado na inquisitividade das atividades persecutórias de combate ao crime e a conseqüente crise das garantias, como delineado por Salo de Carvalho:

O que nos parece relevante sublinhar é o fato de que todas as pessoas, independentemente de incorrerem ou não em sanção penal, preservam e devem ter garantidas igualmente condições mínimas de dignidade. O garantismo penal é um instrumento de salvaguarda de todos, desviantes ou não, visto que, em sendo estereótipo de racionalidade, tem o escopo de minimizar a violência social e garantir a paz.²⁴⁸

Na medida em que se acentua o instrumental legislativo e doutrinário na busca de uma verdade material estigmatizada, inevitavelmente avulta-se o modelo inquisitório do sistema. A conseqüência inevitável é a afronta às garantias da imparcialidade e da neutralidade da jurisdição, do contraditório e, por vias diretas, da igualdade das partes. Juan Montero Aroca²⁴⁹, ao delimitar as diferenças entre os modelos acusatório e inquisitivo, assevera que apenas em um modelo inquisitivo a acusação e o magistrado confundem-se no exercício da atividade persecutória, uma vez que nos sistemas acusatórios o magistrado carece de poderes autônomos de iniciativa probatória, sobretudo em prol da acusação, cujo o ônus da prova é de sua incumbência na demonstração judicial da ocorrência do fato criminoso.

O escopo judicial consubstanciado na pretensiosa verdade material do processo penal em cotejo com as garantias constitucionalmente previstas, ou não, mas reconhecidamente conquistadas para o andamento de um processo justo, atrelará a subjetividade do julgador a interesses outros que se distanciam da verificação recognoscitiva dos fatos. A obediência a leis gerais e a neutralidade da jurisdição penal, na busca silogística de um resultado, já foram

²⁴⁷ WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Escritos de direito e processo penal**: em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 15-42.

²⁴⁸ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**: uma leitura de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 99.

²⁴⁹ AROCA, Juan Montero. **Principios del proceso penal**: una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 25-30. O autor refere que: “Con relación a las pruebas, éstas, en el sistema acusatorio deben ser introducidas por las partes, no por el juez, que carece de poderes autónomos para investigar los hechos, si bien en la valoración de esas pruebas rige el criterio de la libre apreciación por el juez: en el sistema inquisitivo se dan los caracteres contrarios, es decir, el juez investiga de oficio los hechos, aunque luego e limitado por el criterio de valoración legal o tasada de la prueba.” (p. 26-7). AROCA também preceitua: “El que un juez no puede ser al mismo tiempo en el asunto que debe decidir, es algo tan evidente que las leyes ni siquiera llegan a disponer-lo de modo expreso.” (p. 87).

enunciados por Cesare Beccaria²⁵⁰, em razão da debilidade natural do acusado de uma *ação reprovável*.

O ativismo judicial, portanto, não poderia passar incólume frente a um aclamado direito de garantias. Ao desenvolver a análise da problemática da subjetividade da decisão judicial e seus processos de verificação, Luigi Ferrajoli delineou as matrizes substancialistas e formalistas na busca da verdade:

La verdad a la que aspira el modelo substancialista del derecho penal es la llamada *verdad sustancial o material*, es decir, una verdad absoluta y omnicompreensiva en orden a las personas investigadas, carente de límites y de confines legales, alcanzable con cualquier medio más allá de rígidas reglas procedimentales. Es evidente que esta pretendida <<verdad sustancial>>, al ser perseguida fuera de reglas y controles y, sobre todo, de una exacta predeterminación empírica de las hipótesis de indagación, degenera en juicio de valor, ampliamente arbitrario de hecho, así como que el cognoscitivism ético sobre el que se basa el sustancialismo penal resulta inevitablemente solidario con una concepción autoritaria e irracionalista del proceso penal.

A la inversa, la verdad perseguida por el modelo formalista como fundamento de una condena es, a su vez, una *verdad formal o procesal*, alcanzada mediante el respeto a reglas precisas y relativa a los solos hechos y circunstancias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdad no pretende ser *la* verdad; no es obtenible mediante indagaciones inquisitivas ajenas al objeto procesal; está condicionada en sí misma por el respeto a los procedimientos y las garantías de la defensa.²⁵¹

O condicionamento do Estado no exercício do poder persecutório e punitivo avançou, de tal forma, que a garantia do formalismo no processo penal sofreu drásticas transformações na busca preferencialmente célere da verdade real, já que as garantias penais e processuais do acusado no curso do procedimento muitas vezes são visualizados como entraves burocráticos na marcha do processo.²⁵²

²⁵⁰ “O juiz deve fazer um *silogismo* perfeito. A *maior* deve ser a lei geral; a *menor*, a ação conforme ou não à lei; a *conseqüência*, a liberdade ou a pena. Se o juiz for obrigado a elaborar um raciocínio a mais, ou se o fizer por sua conta, tudo se torna incerto e obscuro.” BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Traduzido por Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 22.

²⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1995. p. 44-5.

²⁵² Nesse sentido, é interessante constatar que a informalidade e a celeridade, à luz de uma tendência privatística do modelo punitivo, mesmo que em prejuízo da verdade almejada pela doutrina dogmática, permitiu a *importação* de modelos fundados na *plea bargain*, como medidas eminentemente práticas de redução da pauta judicial, mas igualmente atentatórios às garantias do acusado. “Sob a argumentação de maior dinamização da política criminal, maximização da eficácia do poder judiciário, celeridade na aplicação da sanção e relegitimação da vítima, tem-se como efeito a criação de um sistema administrativizado e/ou privatizado na resolução dos conflitos, carente das históricas garantias fundamentais, além de absolutamente hipertrofiado. Assim, não obstante sua ineficácia, visto que os postulados são alienígenas e estranhos à nossa tradição, acabam lesando os princípios estruturais do sistema matriz.” Extraído do estudo de Salo de Carvalho: “Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Escritos de direito e processo penal**: em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 282.

A verdade é que as liberdades públicas alcançadas ao longo da história, sejam elas reconhecidas formalmente em uma constituição, no direito infraconstitucional positivo ou nos aclamados princípios norteadores do direito, são inafastáveis na condução do processo criminal. A simplificação e a celeridade não se coadunam com a humanização do processo e com a política de afastamento da denominada justiça seletiva.

Do julgador espera-se a necessária introspecção dos elementos trazidos a juízo pelas partes e a análise valorativa das provas, mas não a iniciativa da colheita destas no curso da instrução, em desobediência ao princípio da igualdade, pois incontroverso que a parte fragilizada na busca da pretensa e dogmatizada verdade real será, inevitavelmente, o imputado, porquanto não paira sobre a sua figura a *incumbit probatio* em razão do secular princípio da presunção de inocência, mas sim à parte acusatória. Daí porque a neutralidade jurisdicional preconizada pela doutrina tradicional é uma utopia²⁵³ somente no processo criminal e uma indesejada realidade no processo privatístico.

A partir da assunção de uma reflexão crítica da fenomenologia da aplicação do Direito brasileiro e do seu papel para a implantação de um efetivo Estado Social, inserido em um contexto de dominação econômica de cunho neoliberal e individualista, tanto no plano internacional como no plano interno, que se aguda a necessidade de uma virada reflexiva apoiada na metalinguagem das Ciências Sociais.

O discurso jurídico dogmático, convenientemente reprodutivo e reducionista, lida com métodos unívocos de aplicação do Direito e obscurece as singularidades. A ausência de uma compreensão “localista” do Estado no cenário internacional e a insensibilidade acerca do abismo social que impera na sociedade brasileira, aliadas às formas de instrumentalização inautêntica do Direito Privado e do Direito Penal, são sintomas verdadeiramente reveladores da falsa “racionalidade” do Direito sob a ótica social, a partir da falta de compreensão de seu significado para grande parte de seus operadores.

O rompimento do paradigma objetificante calcado na racionalidade extremada do Direito possibilita a compreensão de uma nova crise teórica: o velho modelo de Estado de cunho liberal-individualista-normativista termina por obstaculizar o novo paradigma social

²⁵³ “Não por outro motivo as epistemologias contemporâneas, principalmente as críticas, vêem o sujeito do conhecimento como um agente participativo, construtor da realidade, que não tem mais motivos para esconder sua ideologia e escolhas diante do mundo. Torna-se, então, insustentável a tese da *neutralidade* do sujeito e vige, para todos os efeitos, a idéia de *dialética da participação*.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 45.

representado pelo Estado Democrático de Direito²⁵⁴. A necessidade de uma ruptura do modelo tradicional de instrumentalização das normas jurídicas, passa, inevitavelmente, pela mudança paradigmática do discurso jurídico, sob a ótica das novas perspectivas evolucionárias do mundo contemporâneo, a partir do rompimento com os *imensos depósitos de manipulação e de dominação que a modernidade foi acumulando*.²⁵⁵

Do contexto que se encontra inserido o país, extrai-se a inexorável conclusão de que, no mundo globalizado, a doutrina do Estado Liberal impede o acontecer da implantação emancipatória do Estado Social, não só pela imposição do chamado “domínio racional”, patrocinado pela internacionalização da economia, geradora e intensificadora das diferenças de classes em uma escala global, e pela fragmentação da soberania, que enfraquece as tentativas de auto-regulação social dos países emergentes, mas, sobretudo, pelo senso comum calcado na *mercantilização das relações sociais*, que fomenta a implantação de uma cultura massificada e individualista, impedindo, não só a formação ideológica, mas a concreção da solidariedade social e do compromisso com os ideários clássicos autenticamente concebidos para a busca do *bem comum*.

O paradigma da racionalidade na busca idealizada da verdade produziu o velamento do sentido transformador do Direito. É preciso superar a crise paradigmática da objetificação – universalização – do senso comum teórico, em prejuízo da vontade constitucional visando à formação de um novo Estado.

Essas circunstâncias, muitas vezes, não passam despercebidas diante de alguns movimentos sociais reativos em relação à forma com que a instituição do Poder Judiciário tem pautado suas ações na sociedade, as quais são fortemente caracterizadas por uma cultura essencialmente positivista e de cunho elitista, que ignora a dinâmica social e aplica o direito de maneira relativista em conformidade com as contingentes influências formais e legalistas.

²⁵⁴ “Ideologicamente, essa (dupla) crise de paradigma se sustenta em um emaranhado de crenças, fetiches, valores e justificativas por meio de disciplinas específicas, denominado por Warat de sentido comum teórico dos juristas, que são legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais, tais como os parlamentos, os tribunais, as escolas de direito, as associações profissionais e a administração pública. Tal conceito traduz um complexo de saberes acumulados, apresentados pelas práticas institucionais, expressando, destarte, um conjunto de representações funcionais provenientes de conhecimentos morais, teológicos, metafísicos, estéticos, políticos, tecnológicos, científicos, epistemológicos, profissionais e familiares, que os juristas aceitam em suas atividades por intermédio da dogmática jurídica.” STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 67.

²⁵⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1999. p. 105.

E é justamente em virtude da descrença na mudança deste atual cenário e da falta de credibilidade dessa instituição indispensável para a realização da justiça social no país, que os movimentos sociais convocaram recentemente a sociedade civil para participar do lançamento do Seminário de Lançamento do Tribunal Popular do Judiciário da Bahia, ocorrido nos dias 30 de junho e 1º de julho, do ano de 2011, reunindo juristas, agentes dos movimentos sociais, estudantes, operadores do direito e pessoas sensíveis às causas populares e que lutam por justiça e igualdade social.

A instalação do Tribunal Popular do Judiciário foi uma iniciativa da Articulação de Políticas Públicas (APP) que agrupou diversas entidades dos movimentos sociais, como forma de denunciar a postura e a matriz ideologicamente conservadora da maioria dos magistrados brasileiros, os quais asseguram o direito da propriedade improdutiva, garantem a permanência de prefeitos e políticos corruptos, criminaliza as ações dos movimentos sociais e se omitem dos julgamentos de atos que desrespeitam os direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal²⁵⁶.

É uma proposta, portanto, de novos mecanismos de controle social do Estado e do mercado visando a construção de uma democracia em sentido amplo, com a garantia das liberdades políticas e de alternativas de combate às desigualdades sociais, cometidas mais particularmente pelo Judiciário baiano, o qual pode muito bem espelhar certamente um panorama nacional, sobretudo considerando, como analisado no capítulo final, a centralização legislativa e judicial em relação às matérias de relevante interesse nacional.

Aliás, o Poder Judiciário no país, de um modo geral, apresenta problemas com a própria administração e a ineficiência referentes às metas mínimas projetadas para o exercício do ano de 2010, no que se refere ao julgamento dos processos antigos pendentes de julgamento e a própria administração ordinária das instituições, tanto no âmbito Federal como no dos Estados²⁵⁷.

²⁵⁶ A instalação do Tribunal Popular do Judiciário representa a luta social pela superação dos limites impostos pela formação política brasileira, historicamente autoritária e excludente, como forma de controle social do Estado e visando a construção de uma democracia efetivamente representativa e garantidora das liberdades políticas, iniciando o calendário do Tribunal Popular do Judiciário que conta com caravanas que estão percorrendo o Estado da Bahia, observando e denunciando as violações de direitos cometidas pelo Poder Judiciário baiano. Disponível em: <<http://caritas.org.br/novo/2011/06/29/judiciario-baiano-sera-alvo-de-controle-social/>>. Acesso em: 12 jul. 2011.

²⁵⁷ As principais metas traçadas pelo Poder Judiciário para o exercício do ano de 2010 não foram cumpridas, conforme divulgado no dia 31.03.11 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Neste aspecto, por exemplo, foi estabelecido que todos os processos que deram entrada na Justiça até o ano de 2006 deveriam ser julgados

Como bem salientado por Boaventura de Souza Santos, a negação do mundo patrocinada pela sociedade *mundialmente* privatizada e consumista impede a formação das realidades emergentes, genuinamente racionais, ao gerar a denominada *ansiedade de contaminação* dos atores sociais²⁵⁸, pois esperar soluções efetivas advindas de um Direito internacionalista para a implementação dos direitos humanos no globo terrestre, ou esperar, ainda, a regulação jurídica internacional, de cunho universal, igualitário e não-seletivo, significa distorcer completamente o contexto mundial no qual se encontra inserido o país.

Desde o século XVIII o pensamento liberal exige do Estado uma abstenção sistemática de seus propósitos e de suas obrigações, mas este pensamento voltado para a organização da vida coletiva já implementou os seus projetos e estabeleceu uma nova dinâmica mundial “vitoriosa”. A apatia dos operadores jurídicos, de um modo geral, é decorrente de um pensamento individualista que não encontra encaixe em um sistema complexo de relações sociais internas e externas do mundo contemporâneo.

Como bem referido por Georges Burdeau, *o drama do Estado Liberal foi ter matado a Filosofia*²⁵⁹, e os juristas ortodoxos não se deram conta desta transformação. A estagnação do Direito decorrente do imobilismo jurídico, em prol da imutabilidade da regulamentação e da aplicação das normas jurídicas, constitui terreno fértil para debate acerca da legitimidade das fontes e da forma de instrumentalização das regras jurídicas sob a ótica do Estado verdadeiramente social, pois *a liberdade, que era esperança, torna-se conservadora e, em seu nome, o Estado Liberal recusa-se a sancionar com regras jurídicas o movimento que transporta o grupo para uma ordem social nova.*²⁶⁰

A inefetividade do direito brasileiro, ainda compreendido sob o paradigma do direito natural, é manejado sob a falsa percepção da imutabilidade de determinados princípios, valores e verdades que, por determinadas razões e interesses, escapam à história da humanidade, bem como pela falsa percepção da universalidade destes *princípios*

ou encaminhados, no entanto, menos da metade desses processos (44,5%) foi julgado, sendo que os Tribunais Estaduais de Justiça foram os que apresentaram o pior desempenho, julgando apenas 38,92% do estoque de processos acumulados até o ano de 2006. Da mesma forma, o CNJ estabeleceu a necessidade de corte de gastos pelo Poder Judiciário, entretanto, o levantamento revelou que, na realidade, as despesas cresceram 17%. Fonte: Site oficial do Poder Executivo Federal. Disponível em www.brasil.gov.br/judiciário. Acesso em: 14 jul. 2011.

²⁵⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1999. p. 102-111.

²⁵⁹ BURDEAU, Georges. **O liberalismo**. Traduzido por João Ferreira. São Paulo: Europa-América, 1979. p. 121.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 122-3.

*metatemporais*²⁶¹. Nega-se a singularidade e busca-se o modelo universal de comportamento na aplicação das normas jurídicas, a partir de um juízo prévio supostamente racional e burocraticamente objetificante, pois a crença representada pela eterna busca da “jurisprudência científica”, alcançada por intermédio de métodos unívocos de interpretação, oculta o relativismo inerente ao saber jurídico-filosófico.²⁶² Conforme Edgar Morin:

O pensamento mutilado e a inteligência cega se pretendem e se julgam racionais. Na verdade, o modelo racionalista a que obedecem é mecanicista, determinista e exclui como absurda toda contradição. Não é um modelo racional, mas racionalizador. A verdadeira racionalidade está aberta e dialoga com o real que lhe resiste. Ela opera uma ligação incessante entre a lógica e o empírico; ela é o fruto de um debate argumentado de idéias, e não a propriedade de um sistema de idéias. A razão que ignora os seres, a subjetividade, a afetividade, a vida, é irracional. É preciso levar em conta o mito, o afeto, o amor, a mágoa, que devem ser considerados racionalmente. A verdadeira racionalidade conhece os limites da lógica, do determinismo, do mecanicismo; sabe que o espírito humano não poderia ser onisciente, que a realidade comporta mistério. Ela negocia com o obscuro, o irracionalizado, o irracionalizável. Deve lutar contra a racionalização que bebe nas mesmas fontes que ela e no entanto contém apenas, em seu sistema coerente que se quer exaustivo, fragmentos de realidade. Ela é não apenas crítica, mas autocrítica. Reconhecemos a verdadeira racionalidade na capacidade de reconhecer suas insuficiências.²⁶³

Com efeito, a histórica conceitualização universalizante fundada no pensamento metafísico-objetificante preparou inevitavelmente o engodo representado pela mera subsunção dos problemas sob o manto de uma hermenêutica clássica da disciplina metodológica,²⁶⁴ classificada por métodos aparentemente destacados ou utilitariamente conjugados, como ocorre com as interpretações gramaticais, teleológicas, sistemáticas, históricas, etc.

O processo de interpretação tem como condição de possibilidade a compreensão, onde o sentido das coisas que se interpreta já vem antecipado pela pré-compreensão. O homem está no mundo e dele não consegue desligar-se. Portanto, a hermenêutica é a própria existência e o poder-ser do intérprete. Não se pode separar a compreensão da historicidade e

²⁶¹ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humano**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 36.

²⁶² *Ibid.*, p. 43.

²⁶³ MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. Traduzido por Paulo Neves. Porto Alegre: Sulina, 2002. p. 157-9.

²⁶⁴ “Com a divisão da filosofia em “física”, “ética”, “lógica” deu-se uma organização em disciplinas. Tem início um processo que se completa quando a disciplina adquire primazia sobre a coisa tratada pela disciplina. Não é a coisa, a sua própria lei de essência, ou mesmo o seu fundamento ainda mais velado, que decide o que pertence à “coisa” só se decide *pelos* perspectivas e direcionamentos da investigação que a disciplina prescreve como meta de seu próprio conteúdo, enquanto único caminho possível de objetivação das coisas.” HEIDEGGER, Martin. **Heráclito**. Traduzido por Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1998. p. 244-5.

da faticidade do operador do Direito. A hermenêutica jurídica, dessa forma, não pode ser considerada como um método limitado de interpretação, pois isso gera o ocultamento do ser e a objetificação das peculiaridades, tornando o direito meramente reprodutivo.²⁶⁵ Nesse sentido revela Hans-Georg Gadamer:

Hoje em dia parece uma tese paradoxal tentar renovar a velha verdade e a velha unidade das disciplinas hermenêuticas ao nível da ciência moderna. O passo que levou à moderna metodologia espiritual-científica supõe-se que era precisamente sua desvinculação com respeito a qualquer liame dogmático. A hermenêutica jurídica tinha se separado do conjunto de uma teoria da compreensão, porque tinha um objetivo dogmático.²⁶⁶

O paradigma racionalista representada pela hermenêutica clássica impede a compreensão do ser, ocultando-o. Para Heidegger, a hermenêutica é filosófica e não normativa, pois a compreensão passa a ser entendida como a estrutura ontológica do *Dasein*, o ser-no-mundo, o homem como o único ente que compreende o ser.²⁶⁷ A metafísica termina por separar o ser do ente, entificando o próprio ser, por intermédio de um sentido nitidamente objetificador, impossibilitando o processo de compreensão do ser e o acontecer do Direito em meio à faticidade existencial. Ernildo STEIN esclarece acerca das matrizes hermenêutica-filosóficas de Gadamer e Heidegger:

Falar em acontecimento da verdade é o que provocará estranheza naqueles que observaram a hermenêutica filosófica de Gadamer em que se dizia o que pode significar o acontecimento da verdade. Na expressão *acontecer da verdade* está o elemento da faticidade a que nos referimos várias vezes sobretudo na análise do segundo Heidegger que diz: todo o processo de compreensão do ser é limitado por uma história, pela história do ser que limita a compreensão. Há uma história do ser que nos permite perceber que há um acontecer da verdade. Isso pode tomar hoje uma concretude maior sobretudo quando nos damos conta de que esse acontecer está estreitamente vinculado na exposição de Gadamer, ao problema da tradição, quer dizer faz parte de uma tradição. No fundo isso se expressava já em *Ser e tempo*, por aquilo que chamei de *projeto projetado*. Nós nunca somos um puro projeto, porque já sempre somos projetados. Isso é a faticidade que já está determinada, por condições anteriores à compreensão do ser, ao projeto da compreensão.²⁶⁸

Assim, a consciência coletiva e comum representada por juízos pré-estabelecidos de como dizer o Direito, algumas inclusive eleitas como verdades universalmente eternas,

²⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 220-3.

²⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 483.

²⁶⁷ STRECK, op. cit., p. 198.

²⁶⁸ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 71.

obstaculizam o horizonte da significação do intérprete que, pelo seu estar-aí, deve conferir o sentido das coisas em sua real temporalidade contextual.²⁶⁹

A base estrutural da Nova Crítica do Direito delineada por Lenio Luiz Streck²⁷⁰ funda-se na fenomenologia vista a partir de Heidegger e Gadamer como uma hermenêutica universal, onde a linguagem é condição de possibilidade, é abertura para o horizonte dos juristas, e não um terceiro elemento que se interpõe entre o objeto e o observador, onde o processo interpretativo deixa de ser reprodutivo (*Auslegung*) e passa a ser produtivo (*Sinngebung*), pois é impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão. O mundo só existe quando as coisas são compreendidas e interpretadas. Por isso, a idéia do des-velamento do ser possibilitando o grau de revelação do ente, por isso a idéia de clareira (*Lichtung*) visando desvelar as obviedades do óbvio e o aparecer das singularidades tão incomuns no *habitus dogmaticus*²⁷¹.

Habita o imaginário dos juristas de que o sentido da lei ou o sentido derivado de entendimentos jurisprudenciais sedimentados seriam unívocos, como se dispuséssemos de um *espírito (vontade) da lei* ou de um *espírito (vontade) do legislador*, independentemente da atividade e da condição de ser-no-mundo do intérprete.²⁷² Não se interpreta um texto jurídico desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem da força normativa de um texto. O intérprete não interpreta em fatias, como quer a hermenêutica clássica: primeiro compreende, depois interpreta para, finalmente, aplicar.

²⁶⁹ “Afirmar “verdades eternas” e confundir a “idealidade” da pre-sença, fundada nos fenômenos, como um sujeito absoluto e idealizado pertencem aos restos da teologia cristã no seio da problemática filosófica, que de há muito não foram radicalmente expurgados.” HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**: parte I. Traduzido por Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 299.

²⁷⁰ “Por tudo isso, a Nova Crítica do Direito – NCD – aqui proposta é entendida como processo de desconstrução da metafísica vigorante no pensamento dogmático do Direito (sentido comum teórico). A tarefa da NCD é a de *desenraizar aquilo que tendencialmente descobrimos* (Heidegger-Stein). A metafísica pensa o ser e se detém no ente; ao equiparar o ser ao ente, entifica o ser, através de um pensamento objetificador. Ou seja, a metafísica, que na modernidade recebeu o nome de teoria do conhecimento (filosofia da consciência) faz com que se esqueça justamente da diferença que separa ser e ente. No campo jurídico, esse esquecimento corrompe a atividade interpretativa, mediante uma espécie de extração de mais-valia do sentido do ser do Direito. O resultado disso é o predomínio do método, do dispositivo, da tecnicização e da especialização, que na sua forma simplificada redundou em uma cultura jurídica estandardizada, onde o Direito (texto jurídico) não é mais pensado em seu acontecer.” STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 278

²⁷¹ *Ibid.*, p. 197-216.

²⁷² “Acredita-se ainda no legislador como sendo uma espécie de onomaturgo platônico ou que o Direito permite verdades apofânticas. Como veremos a seguir, há uma constante busca do “correto sentido da norma”, um sentido “dado”, um “sentido-em-si”, enfim, uma espécie de “sentido-primevo-fundante”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 90.

No plano da Nova Crítica do Direito proposta por Lenio Luiz STRECK, esses três momentos ocorrem em um só: a *applicatio*, que se dá no movimento da circularidade da autocompreensão no interior da espiral hermenêutica. É impossível ao intérprete despreender-se da circularidade da compreensão. Por isso, deve-se desmistificar esse senso comum teórico de que o juiz primeiro decide e depois justifica a sua decisão; ao contrário, ele só decidiu porque encontrou o fundamento de sua decisão.²⁷³

É inegável que ultrapassados mais de vinte e dois anos da promulgação da Constituição Federal do Brasil convivemos com o fenômeno da baixa constitucionalidade da Carta Magna.²⁷⁴ Seus mandamentos e preceitos previstos claramente no seu conteúdo normativo permanecem substancialmente inefetivos no cenário jurídico. As principais razões da flagrante inefetividade resultam desde à carga horária dispensada para o ensino do direito constitucional e da jurídica nos cursos de graduação, até a tradição histórica dos operadores do direito em superdimensionar a legislação ordinária, com o paradigma racionalista já historicamente sedimentado nos diversos ramos jurídicos de aplicação do direito.

A existência da propagada simetria legislativa, na realidade, deve ser analisada a partir do sentido que se dá à Constituição no ordenamento jurídico, já que a Lei Maior não pode servir apenas como meros dispositivos de intenções estatais futuras, mas, sim, de rompimento imediato com o paradigma anterior em tudo que a ela ofereça contrariedade. Além disso, um dos fatores que colaboram para a pouca importância que se dá para a Constituição deve-se ao fato de que historicamente as Constituições brasileiras, até o advento da atual, sempre haviam deixado ao legislador a tarefa de efetivar os valores, direitos e objetivos materiais contidos no texto constitucional, tornando a Constituição um mero programa ainda a ser traçado pelo Estado.

A previsão do mandado de injunção visando fundamentalmente à concretização de normas reguladoras destinadas aos exercícios dos direitos e das liberdades constitucionais, por exemplo, permitiu a formação do paradigma da ordinariedade dos regulamentos e, com isso, a

²⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 210.

²⁷⁴ “Conseqüentemente, passa-se a compreender o porquê da inefetividade da Constituição. *Estou que há uma crise de paradigmas que obstaculiza a realização (o acontecer) da Constituição* (e, portanto, dos objetivos da justiça social, da igualdade, da função social da propriedade, etc): trata-se das *crises dos paradigmas* objetivista aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência), bases da concepção liberal-individualista-normativista do Direito, *que se constitui, em outro nível, na crise de modelos do Direito*, pela qual, muito embora já tenhamos, desde 1988, um novo modo de Direito, nosso modo-de-fazer-Direito continua sendo o mesmo de antanho, isto é, *olhamos o novo com os olhos do velho, com a agravante de que o novo (ainda) não foi tornado visível.*” Ibid., p. 218-9.

prolação de inúmeros precedentes jurisprudenciais que, mesmo diante da inexistência de ressalva constitucional, entenderam pela necessidade de regulação infraconstitucional para a efetivação de preceitos contidos na Carta Magna, condicionando a concretização de alguns direitos fundamentais ao alvitre do legislador ordinário, mesmo restando indúvidas as intenções do legislador constituinte.

Caracterizada como uma Constituição meramente *nominalista*²⁷⁵, a sua força normativa permanece em pleno processo de real compreensão (ou intencional ocultamento). Partindo da premissa que a Constituição é condição de aplicabilidade do Direito, não há como superar normas infraconstitucionais, promulgadas antes ou mesmo após o advento da Constituição, quando frontalmente contrárias ao texto constitucional ou aos princípios nela contidos. Nesse sentido, vale lembrar os inúmeros precedentes jurisprudenciais prolatadas pelos Tribunais deste país acerca da função social da propriedade, da limitação da taxa de juros, da legitimidade ativa do Ministério Público na defesa dos direitos difusos e coletivos, etc²⁷⁶.

O alcance da legitimidade social do Direito, portanto, depende da aproximação das práticas e normas jurídicas à realidade social que permeia os destinatários dessas mesmas normas. Além disso, a Constituição Federal democraticamente promulgada estabeleceu metas muito claras acerca do modelo de sociedade justa, igualitária e solidária que pretendemos nos tornar, principalmente no tocante aos aspectos cultural, econômico e político.

²⁷⁵ Luiz Pinto Ferreira leciona que as Constituições brasileiras de 1937 e 1967 são classificadas como instrumentalistas ou semânticas, ou seja, representaram simples reflexos de uma realidade política e verdadeiros instrumentos dos donos do poder, sem limitação de seu conteúdo. Já a atual Constituição Federal (assim como foram as Constituições de 1824, 1891, 1934 e 1946) é considerada nominalista, pois: “*contém disposições de limitação e controle de dominação política, sem ressonância na sistemática de processo real de poder, e com insuficiente concretização constitucional.*” FERREIRA, Luiz Pinto. In: BELAUNDE, Domingo Farcía; SEGADO, Francisco Fernández (Coord.). **Os instrumentos processuais protetores dos direitos humanos no Brasil: la jurisdicción constitucional em Iberoamérica**. Madrid: Dykinson, 1997.

²⁷⁶ Apenas alguns exemplos: I. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4, entendeu, por expressiva maioria, que a norma inscrita no § 3º do art. 192 da Constituição Federal não é de eficácia plena e está condicionada à edição de lei complementar que regulará o sistema financeiro nacional e, via de consequência, a disciplina dos juros. II. A 21ª Câmara Cível do TJRS, no julgamento do reexame necessário nº 598200715, decidiu sobre a ilegalidade dos critérios utilizados na cobrança progressiva do IPTU, já que, consoante ementa: “*Ausência de lei federal que defina a função social da propriedade. Aplica-se a progressividade a muitos impostos, cumprindo princípios constitucionais. No caso concreto ausente lei federal que defina a função social da propriedade, vedada é sua prática.*” III. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial nº 57465-0/PR, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 19.06.95, asseverou que o Ministério Público não teria legitimidade para promover a ação civil pública na defesa do contribuinte do IPTU, pois este não se equipararia ao consumidor, muito embora tenha reconhecido que: “*In casu, ainda que se trate de tributo (IPTU) que alcança considerável número de pessoas, inexistente a presença de manifesto interesse social, evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano, para perlar a legitimação do Ministério Público.*”

6 POR UMA PLURALIDADE JURÍDICA CONTRA-HEGEMÔNICA COMO CONDIÇÃO DE ROMPIMENTO COM A TRADIÇÃO DO DIREITO

A denominada pluralidade jurídica contra hegemônica representa a possibilidade de preservação e respeito aos elementos históricos multiculturais e multirraciais existentes nas sociedades, sendo que a co-presença efetiva dessas diversidades nas ações do Poder Judiciário representaria um desestímulo à anomia social, fomentando a participação cívica dos cidadãos. Isso implica uma nova visão por parte dos operadores sociais, pois o Direito é a ciência impulsionadora das transformações no seio da sociedade. Mas, é a partir do sentido que temos da Constituição, como instrumento de rompimento e formação de uma nova ordem social, que dependerá o processo de interpretação dos textos normativos de um sistema juridicamente federalizado.

6.1 Uma nova concepção como condição de implementação das metas sociais emancipatórias

Uma real mudança de paradigma do Direito brasileiro somente será possível quando entendermos a Carta Magna como um texto com força normativa, dirigente, programática e compromissória com os ideais de formação de um novo Estado comprometido com as aspirações sociais verdadeiramente nacionais. A necessidade de rompimento com o tradicionalismo mantenedor de uma sociedade elitizada interna e externamente, é condição basilar para a reversão do quadro anti-social patrocinado pelo neoliberalismo histórico arraigado na triste realidade social brasileira.²⁷⁷

Mais do que meros procedimentos, a Constituição determina a realização substantiva dos direitos sociais, individuais e coletivos conferindo ao Direito a função eminentemente transformadora das estruturas de uma nova sociedade. Isso implica uma nova visão por parte dos operadores sociais, pois o Direito é a ciência impulsionadora das transformações

²⁷⁷ “O estamento forma o elo vinculador com o mundo externo, que pressiona pelo domínio de seus padrões, incorporando as novas forças sociais. Esse papel, reservado nos momentos de eclipse do sistema às elites, será desempenhado, em outras estruturas pela burguesia, próxima ao mundo capitalista – burguesia externa com ramificações nacionais ou burguesia nacionalmente emergente –. Na peculiaridade histórica brasileira, todavia, a camada dirigente atua em nome próprio, servida dos instrumentos políticos derivados de sua posse do aparelhamento estatal. Ao receber o impacto de novas forças sociais, a categoria estamental as amacia, domesticando-lhes a agressividade transformadora, para incorporá-las a valores próprios, muitas vezes mediante a adoção de uma ideologia diversa, se compatível com o esquema de domínio. As respostas às exigências assumem caráter transacional, de compromisso, até que o eventual antagonismo se dilua, perdendo a cor própria e viva, numa mudança de tintas que apaga os tons ardentes.” FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. São Paulo: Globo, 2001. p. 834.

qualitativas e quantitativas no seio da sociedade. Mas, é a partir do sentido que temos da Constituição, como instrumento de rompimento e formação de uma nova ordem social, que dependerá o processo de interpretação dos textos normativos do sistema.

6.1.1 A hermenêutica como condição para a aproximação do Direito às novas realidades sociais

Assim como a hermenêutica é a condição de *ser-no-mundo* do intérprete, a Constituição é a condição de possibilidade hermenêutica dos outros textos normativos. O Direito Constitucional, mais do que uma disciplina autônoma, é um modo de ser, um modo de agir, um modo de atuação visando à alteração do mundo dos fatos, é condição de possibilidade do processo interpretativo. O velamento do texto constitucional, como já referido alhures, deve-se à falta de noção da índole transformadora do Direito voltada para a efetivação dos direitos fundamentais no novo modelo de Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Lenio Luiz Streck:

Para romper com essa *tradição inautêntica*, no interior do qual os textos jurídicos constitucionais são hierarquizados e tornados ineficazes, torna-se necessário compreender o sentido de Constituição. Mais do que isto, trata-se de compreender que a especificidade do campo jurídico implica, necessariamente, entendê-lo *como mecanismo prático que provoca mudanças na realidade*. No topo do ordenamento, está a Constituição. Esta Lei Maior deve ser entendida como *algo que constitui a sociedade, é dizer, a constituição de um país é a sua Constituição*.²⁷⁸

Tendo em vista que a hermenêutica é condição de ser-no-mundo, que hermenêutica é existência²⁷⁹, o processo de interpretação tem como condição de possibilidade a compreensão, onde o sentido já vem antecipado pela pré-compreensão. E é nesse ponto que a problemática da compreensão ganha relevo com a Nova Crítica do Direito, calcada na matriz heideggeriana-gadameriana, pois a pré-compreensão da dogmática está dominada por uma compreensão – tradição – inautêntica do Direito, sobretudo no campo da aplicação do Direito Constitucional.

Na realidade a dogmática jurídica não percebe, ou não quer perceber, que no Estado Democrático de Direito, o Direito tem um cunho eminentemente transformador. É evidente que nessa ordem de idéias, o Poder Judiciário não pode servir como um Poder Estatal meramente declarador servil da lei, mas, sim, que assuma um grau de ativismo judicial

²⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 218.

²⁷⁹ VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Traduzido por João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 30-60.

interventor para a efetivação dos direitos fundamentais inseridos na Constituição. Aliás, o formalismo exacerbado, sob o argumento da necessidade de repúdio à arbitrariedade judicial, não deixa de ter uma conotação hipócrita, pois, como já referido alhures, a decisão judicial é um ato de escolha dentro das possibilidades existentes no sistema, dotado, evidentemente, de discricionariedade²⁸⁰, elemento indispensável para a busca da aproximação entre o cidadão e os direitos garantidos constitucionalmente.

Por isso, deve-se denunciar que a dogmática jurídica, entendida como o senso comum teórico, é metafísica, porque provoca o esquecimento do ser do Direito, entificando o próprio ser²⁸¹ e objetificando todas as relações, ocultando o Direito como um universo entitativo e interligado, que se funda no modo de ser do homem, na sua faticidade, na sua própria existência. Daí porque, no dizer de Martin Heidegger, a metafísica *está excluída pela sua própria essência da experiência do ser*.²⁸²

O sentido comum teórico, portanto, provoca a manifestação inautêntica do ser do Direito, uma vez que produz, com o seu *já-sempre-sabido*, a objetificação metafísica (como estudado nas faculdades e reproduzido nos manuais e nas *jurisprudências pacíficas*), o ocultamento, o velamento das possibilidades da manifestação de um Direito de índole transformadora, condizente com o modelo de Estado Democrático de Direito voltado à promoção da justiça social e o respeito aos direitos sociais e fundamentais.²⁸³

Esse velamento espelhado pela escandalosa inefetividade da Constituição culmina na absoluta falta da função social do Direito. Ou seja, do cotejo entre a “realidade social” e o texto constitucional deve haver o acontecer constituinte, o acontecer (*Ereignen*) que *constitui-*

²⁸⁰ “Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma ‘neutra’. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: SAFE, 1992. Tradução de Giudici Legislatori?

²⁸¹: STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 281-5

²⁸²“A metafísica aceita esta dupla face pelo fato de ser o que é: a representação do ente enquanto ente. Para a metafísica não resta escolha. Enquanto metafísica, ela está excluída pela sua própria essência da experiência do ser; pois, ela representa o ente (*on*) constantemente apenas naquilo que a partir dele se mostrou enquanto ente (*he on*). Contudo, a metafísica não presta atenção àquilo que precisamente neste *on*, na medida em que se tornou desvelado, também já se velou. HEIDEGGER, Martin. **Que é metafísica?** Traduzido por Ernildo Stein. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1969. p. 78.

²⁸³ STRECK, op. cit., p. 216-219.

a-ação. Essa crise de paradigmas que obstaculiza o acontecer da Constituição e, portanto, dos objetivos da justiça social, da igualdade, do direito à saúde, do acesso à justiça eficiente, etc.

Em que pese o novo modelo de Direito, a nossa forma de intervenção na realidade fática continua sendo o mesmo, já que a dogmática não convive com a *angústia do estranhamento* com o surgimento do novo, pois a metafísica está preocupada com os entes intramundanos dos manuais enlatados dos ramos da ciência jurídica.²⁸⁴

A Nova Crítica do Direito fulcra-se na destruição da tradição inautêntica do direito e de suas armadilhas. E isso não implica no entendimento de que a Constituição “*tenha que ter “um sentido”, mas, sim, que haja “um sentido de Constituição”*”²⁸⁵, tal como preconizado por Luigi Ferrajoli quando, no plano internacional, procura propagar o ideal do *constitucionalismo mundial* como horizonte teórico de trabalho, mesmo que aparentemente irrealista²⁸⁶, em face da irreversível crise do Estado nacional unitário e independente, à luz do Direito Internacional, tal como se concebe o ente estatal à luz do Direito Constitucional em sua dimensão interna, tomando-se por vértice normativo o pacto constituinte internacional representado pela Carta das Nações Unidas.

Por isso, a Constituição não pode ser entendida como uma simples “Lei Maior” como referência para uma atividade meramente subsuntiva, pois isso levaria à própria metafísica objetificante, tão comuns no direito infraconstitucional historicamente racionalizado, mas, sim, sua autêntica interpretação não pode desvincular-se do meta-discurso oriundo das reflexões e experiências propiciadas pelas áreas sociológicas de conhecimento umbilicalmente atreladas ao Direito.

A Constituição, muito embora fundamento de validade do sistema jurídico, não pode ser considerada como uma categoria pré-estabelecida. O sentido de um texto se dá a partir do modo de ser-no-mundo em que está inserido o operador do Direito. Por isso o fundamento é horizonte, é abertura, não sendo a Constituição uma lei maior paralisada, pois compreender é um existencial, e a constituição faz parte no modo-de-ser-no-mundo-do-intérprete²⁸⁷.

²⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 220-3.

²⁸⁵ Ibid., p. 224.

²⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 62.

²⁸⁷ “Por isso, é possível dizer que a noção de Constituição é um paradoxo, ao fundar sem ser “fundamento” (porque não é uma categoria ou uma hipótese a partir da qual se possa fazer “deduções”), e, ao mesmo

Um estudo epistemológico do sistema permite constatar que a visão dogmática e pulverizada do silogismo judicial é um óbice ao desenvolvimento científico do Direito. Por isso, a hermenêutica jurídica é condição para a compreensão autêntica do Direito.

Os dogmas do jusnaturalismo científico, racionalmente técnico e instrumental, devem ser compreendidos mediante a perspectiva crítica dos novos campos de investigação da Sociologia do Direito, que procuram estimular comportamentos caracterizados pela mutabilidade e particularidade diante das complexas relações jurídicas e sociais travadas em um mundo globalmente fragmentada. A restauração do pensamento deve operar-se a partir do reconhecimento da complexidade das novas transformações locais e mundiais, pois *o pensamento do complexo planetário nos remete a todo o instante da parte ao todo e do todo à parte*.²⁸⁸

A hermenêutica apresenta-se, por assim dizer, como a antítese para as práticas que representam o abismo entre a realidade social e a *praxis* jurídicas. Esse novo modelo de superação aos postulados clássicos de uma racionalidade de Estado inautêntica, porque distanciadas as práticas judiciais das metas públicas almejadas, parte da premissa do reconhecimento da existência de condições culturais e subjetivas que antecipam a realidade daquilo que se compreende, pois

meus prejuízos são o ‘a priori’ do qual me sirvo para ver a realidade, e sem os quais a realidade mesma me pareceria privada de sentido. E o único modo de possuir uma compreensão o mais objetiva possível é ser consciente dos próprios prejuízos e refletir sobre os mesmos. A pretensão de neutralidade é o fator principal que “cega” a visão da realidade: o prejuízo mais cegante, diz Gadamer, é o prejuízo da ausência de prejuízos.²⁸⁹

Por isso, compreender é compreender-se, e o sujeito que compreende confunde-se com o próprio horizonte circular da compreensão, na medida em que a pré-compreensão pertence à própria ontologia do “ser no mundo”, que não pode ser guiado por plataformas interpretativas pré-concebidas, ou até mesmo por modelos normativos atentatórios aos preceitos estabelecidos constitucionalmente. E é nesse contexto que a assunção de uma

tempo, embora sendo o ponto de partida (e de chegada) do ordenamento, frustra essa pretensão de ser esse ponto, já que esse ‘começo’ sempre se renova na forma de antecipação de sentido e na circularidade hermenêutica.” Cf. STRECK, op. cit., p. 193.

²⁸⁸ MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. Traduzido por Paulo Neves. Porto Alegre: Sulina, 2002. p. 160.

²⁸⁹ FERNANDEZ, Atahualpa. **Direito, evolução, racionalidade e discurso jurídico**: a “realização do direito” sob a perspectiva das dinâmicas evolucionárias. Porto Alegre: Sulina, 2002. p. 192.

percepção reflexiva calcada na metalinguagem da Filosofia do Direito representa o mais consciente modelo de racionalidade.²⁹⁰

Faz-se mister, portanto, uma mudança de paradigma, sob o fundamento de que ao operador do Direito deve situar-se a partir da concepção de um Estado intervencionista e regulador destinado a alterar o desolador mundo fático em que vivemos no país. O que se constata, na realidade, é que a falta de um sentido de Constituição fomenta a inefetividade de um Estado socialmente comprometido com a massa da população que convive com a previsão de vastos direitos, no entanto não os têm concretizado no mundo social.

A crise atual apresenta-se, na conhecida linguagem de Thomas Kuhn, como uma pré-condição necessária para uma mudança de paradigma²⁹¹, em substituição ao paradigma antigo que reconhecidamente deixou de responder adequadamente à problemática do Direito como um real instrumento na busca da efetividade das garantias sociais, tanto no plano interno como no plano internacional. Nesse ínterim, é certo que a superação do paradigma racionalista, tão útil e plenamente adaptável nas ciências exatas, encontra esforço teórico de parte da doutrina em admitir escandalosamente a manutenção do *status* social, consubstanciada na inércia estatal no plano privatístico – mas não admitida no processo penal em que o Estado, por intermédio do juiz deverá buscar a *verdade real*, mesmo em afronta às garantias constitucionais –.

É preciso, portanto, direcionar definitivamente o Direito para a ruptura constitucional, visando à formação do Estado contemporâneo de atendimento das necessidades emergentes de efetividade e de celeridade da prestação jurisdicional, redimensionando essa visão principiológica à luz das garantias constitucionais historicamente conquistadas, superando definitivamente o paradigma da racionalidade jusnaturalista de um Estado ideologicamente liberal e formado impositivamente pelas novas tendências políticas globalizadas de redução da soberania e de seletividade da jurisdição transnacional.

²⁹⁰ FERNANDEZ, Atahualpa. **Direito, evolução, racionalidade e discurso jurídico**: a “realização do direito” sob a perspectiva das dinâmicas evolucionárias. Porto Alegre: Sulina, 2002. p. 196-204.

²⁹¹ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Traduzido por Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2001. p. 107-28. Segundo o autor: “uma teoria científica, após ter atingido o *status* de paradigma, somente é considerada inválida quando existe uma alternativa disponível para substituí-la.” (p. 108). Thomas Kuhn também refere quanto à transição para um novo paradigma que: “consideramos revoluções científicas aqueles episódios de desenvolvimento não-cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior.” Ibid., p. 125.

O paradigma da racionalidade representado pela busca idealizada da verdade e da segurança jurídicas produziu o velamento do sentido transformador do Direito. É preciso superar a crise paradigmática da objetificação – universalização – metafísica da compreensão metodológica da ciência jurídica operada pelo consenso dogmático, modelo arcaico de manutenção da realidade social em prejuízo da implantação das metas emancipatórias nacionais visando à formação de um novo Estado Democrático de Direito. Impõe-se, dessa forma, a concepção de um novo modelo intervencionista e democrático de atuação estatal, em contraposição à atual ideologia liberal-individualista.

Como antes salientado afigura-se fundamental a superação do paradigma liberal-individualista. A ciência jurídica deve ser concebida como instrumento indispensável para a derrubada das barreiras sociais e para a implantação definitiva da cidadania no Brasil, o que não será possível sem a redefinição, sobremaneira, do papel do direito e do Poder Judiciário para superação da crise de um Direito meramente mantenedor e reproduzidor das desigualdades sociais.

No dizer de Aloísio Ruscheinsky, a denominada crise de paradigmas na é, antes de tudo, a incerteza quanto ao papel dos intelectuais no que toca à interrogação, principalmente, sobre os modelos de sociedade e o desvelamento do fenômeno das relações sociais, por isso, *a deveria deixar de lado a busca de leis invariantes que marcaram tanto os estudos nos tempos primordiais da sociologia.*²⁹²

E é justamente o problema das leis invariantes de cunho determinístico e pré-concebido que vem contaminando algumas práticas judiciárias na busca de uma racionalidade afastada de um consenso social.

A implementação de um Estado fortalecido e comprometido com um novo modelo organizacional impende a aplicação de um Direito autêntico e legitimado socialmente, desvencilhado de um consenso racional de justificação das práticas judiciárias pré-concebidas, como forma de retomada do consenso original e de superação da crise global da (ir) racionalidade.

Os novos rumos da sociedade *mundializada* estão alicerçados na concepção metafísica de uma aparente universalização de interesses em um contexto internacional de

²⁹² RUSCHEINSKY, Aloísio. **Metamorfoses da cidadania**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2000. p. 31.

realidades estatais completamente distintas. A universalidade e a imutabilidade dessa nova *gestão mundial*, inspirada no paradigma jusnaturalista, constituem contundentes óbices à priorização das metas e dos interesses genuinamente nacionais.

No plano internacional, a autonomização da jurisdição penal internacional, aqui entendida como a racionalização global das normas internacionalistas, impede a autêntica compreensão do caráter nacional e local, pois não se está defendendo supostas preferências políticas entre internacionalismo ou nacionalismo jurídicos, mas, sim, questionar a problemática da interpretação e efetivação do ordenamento jurídico brasileiro baseado na supremacia absoluta e indiscutível da Constituição Federal também frente à crescente desregulamentação do Direito nacional em face das interferências legislativas externas.

Avulta-se, dessa forma, a necessidade de uma virada reflexiva epistemológica da fenomenologia jurídica em suas relações internas e externas, em meio a um complexo contexto internacional caracterizado pela fragmentarização da soberania e pelo crescente ocultamento das singularidades locais dos países periféricos que sofrem os conseqüências da (ir) racionalidade global da pós-modernidade pautada, sobremaneira, na dominação econômica e na vulnerabilidade externa dos Estados não-alinhados e economicamente dependentes.

Uma das marcantes conseqüências da pulverização dos centros de poder é a conscientização dos valores transnacionais da cidadania e dos direitos humanos, que surge como um novo horizonte moral internacional de planejamento das futuras garantias universais da humanidade. No entanto, o reconhecimento da falta de efetividade do direito internacional é fundamental para a aceitação da crise da integração mundial e, via de conseqüência, das instituições sociais e políticas no âmbito interno, que se vêem pressionadas a cumprir os *diktats* externos.

Nesse íterim, a aclamada instalação do inédito Tribunal Penal Internacional, como analisado no capítulo anterior, justamente criado para tutelar esses novos bens jurídicos transnacionais, representa o melhor dos exemplos da mais absoluta escassez de autonomia das organizações internacionais, da seletividade do direito penal internacional e da manutenção das desigualdades entre os Estados.

Da compreensão do imenso abismo que distancia o discurso da efetiva ação das políticas públicas internacionais, resulta na conclusão inarredável voltada para a necessidade de uma reflexão filosófica e antideterminista de resgate da soberania interna para a

transformação do quadro social brasileiro. Entretanto, somente com a consciência da instrumentalização do direito comprometida com a eficácia dos direitos humanos em conformidade com a Constituição Federal e a retomada do ideário transformador do constitucionalismo compromissário, como instrumento norteador da auto-regulação, serão garantidas a autenticidade e a legitimidade das fontes e das formas de aplicação do Direito como verdadeira *ciência jurídica* brasileira.

A ausência de uma compreensão localista do Estado no cenário mundial e a insensibilidade acerca do abismo social que fragmenta a sociedade brasileira em verdadeiros guetos de proteção e de resistência à unidade de interesses internos, aliadas às formas de instrumentalização inautêntica do direito privado e do direito penal, são sintomas reveladores da obscura e falsa “racionalidade” do direito sob a ótica social, a partir da falta de compreensão de seu real significado transformador para grande parte de seus operadores.

A dogmática jurídica, com a sua ideologia mantenedora da realidade social, estruturou a racionalidade jurisdicional propagando o paradigma do ativismo judicial nos processos criminais, cuja *clientela brasileira* é essencialmente formada por pessoas excluídas socialmente e não alinhadas na estrutura organizacional estabelecida. Mas, paradoxalmente, esse paradigma não é exigido nos processos não-criminais, oportunidade em que a atividade jurisdicional deve ser de mais pura neutralidade.

É evidente que o racionalismo dogmático não poderia conceber a Constituição como norte transformador de uma nova realidade visando à formação de um novo Estado Democrático de Direito, pois o direito brasileiro, tradicionalmente, é concebido como instrumento de manutenção e de contenção aos inovadores referenciais éticos pautados na solidariedade social, bem como pela submissão aos comandos internacionais exarados em um complexo sistema relacional de dominação externa.

Notadamente no cenário nacional, a racionalidade no campo da ciência jurídica é pragmática e utilitarista, pois representa, efetivamente, uma relação classista de dominação, cuja subsistência é baseada em uma dogmática jurídica de coriz normativista e sustentada em uma metodologia objetificadora que, conscientemente ou não, procura justificar as práticas tradicionais de dominação, ocultando, assim, o objetivo primordial da República voltado para a redução das desigualdades sociais e regionais, conforme expressamente estabelecido pela Constituição Federal.

Os prejuízos trazidos pela falta de compreensão deste novo horizonte nacional merece análise introspectiva no que se refere à própria instrumentalização do direito interno, aqui analisadas no plano criminal e no plano privatístico, mas, igualmente, frente às novas perspectivas mundiais evolucionárias caracterizadas, primordialmente, pela fragmentarização da soberania e pela crescente desregulamentação do direito nacional.

Essa perspectiva crítica afigura-se essencial para o diagnóstico da crise dos Estados contemporâneos periféricos²⁹³, porquanto, ao mesmo tempo em que se vislumbra a necessidade de uma nova atuação jurisdicional e, de um modo geral, de uma nova forma de compreensão do direito que possibilite a autenticidade da interpretação e da aplicação das normas jurídicas sob o viés constitucional, a partir da compreensão da assunção das responsabilidades do intérprete acerca da função social do direito, os novos horizontes do processo de mundialização, diante da intensificação das práticas transnacionais de regulação jurídica, compelem os países não-alinhados a compartilhar a soberania interna com os países centralizados com o neoliberalismo capitalista em meio ao complexo jogo político entre Estados credores e devedores.

Daí porque uma das anátemas do presente estudo volta-se para a minimalização crescente do Estado contemporâneo em face de um ineficaz gerenciamento mundial de prioridades que, simplesmente, são recebidas como normas válidas em nosso ordenamento jurídico, mesmo que flagrantemente inconstitucionais, como ocorre com algumas das normas previstas no Estatuto de Roma, aqui estudado como paradigma da imposição política externa de normas jurídicas transnacionais, representando a racionalidade globalizante no melhor modelo weberiano, porquanto a racionalidade das práticas judiciárias traz ínsita a idéia de

²⁹³ No que tange à crise dos Estados periféricos para a implantação de suas metas emancipatórias, Lenio Luiz Streck, ao desenvolver a problemática acerca do “constitucionalismo adequado” citado por Ernst-Wolfgang Böckenförd e Gilberto Bercovici, preconiza a implementação de uma *Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia* baseada, fundamentalmente, na identificação das peculiaridades históricas e factuais de cada Estado e no resguardo do núcleo específico estabelecido em cada Constituição. E é por isso que o ideal de uma Constituição dirigente e compromissária *ainda assume relevância como um contraponto a essa tempestade globalizante/neoliberal*, o que não significa compreender a Constituição como *um texto sagrado* único a possibilitar, por intermédio de sua normatividade, as mudanças emancipatórias exigidas aos Estados subdesenvolvidos, porquanto e a internacionalização crescente dos centros de poder são realidades intransponíveis e encerraram, definitivamente, o *constitucionalismo nacional absolutamente soberano*. No entanto, a correção de rumos é fundamental para a contenção dos efeitos da globalização excludente, de modo que nos países como o Brasil ainda a *Constituição dirigente-programática-compromissória é condição de possibilidade para a garantia do cumprimento dos direitos sociais-fundamentais previstos no texto consitucional*. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 135-45.

universalidade e, via de conseqüência, da imposição de metacritérios conceituais típicos da objetificação metafísica que permeia a metodologia jurídica tradicional.

A crise do direito nacional não escapa, portanto, a uma posição crítica acerca da inserção do direito no campo da racionalidade técnica e metodológica. A autêntica compreensão da fenomenologia jurídica no plano interno e internacional, portanto, afigura-se primordial para a formação de uma nova filosofia hermenêutica baseada na relação do intérprete com o mundo o qual se encontra inserido.

E é nesse ponto que insistimos que a racionalidade implica em técnica, em método, em análise sociológica, sendo a própria negação da hermenêutica como condição de ser do intérprete indissociavelmente atrelado ao mundo que o cerca. Faz-se mister, definitivamente, a desmistificação da busca antecipada de sentido das normas jurídicas “racionalmente” oferecidas pelo *habitus dogmaticus*.²⁹⁴

O paradigma do direito natural, aqui entendido como sistematização de conceitos universais, perenes e antiparticularistas, ainda permeia operacionalização do direito nacional que, ao automatizar a aplicação e a interpretação das normas jurídicas, não vislumbra as novas metas emancipatórias emanadas do texto constitucional, fundamento de validade de todo o sistema jurídico.

6.1.2 A racionalidade local como pressuposto epistemológico para a legitimação social do Direito

Como já referido alhures, a busca de modelos universais para a aplicação das normas jurídicas, nega a singularidade e oculta o relativismo inerente ao saber jurídico-filosófico. Por isso, a hermenêutica jurídica é condição para a compreensão autêntica do direito, pois a prática jurídica não pode ser concebida sem o estabelecimento de

²⁹⁴ “Obviamente, a necessidade de manter o princípio da universalidade, com o recurso ao cânone jurídico, constitui-se num limite severo para esta concorrência entre os agentes, assim como impede que o conflito de interpretações se transforme numa ameaça à legitimidade ou ao reconhecimento dos textos da lei e, conseqüentemente, de seus “intérpretes”. Tal oscilação entre as inovações oriundas da concorrência entre os agentes do campo e o necessário trabalho de racionalização e sistematização, sem o qual o Direito perderia sua coerência interna mínima, parece explicar, por exemplo, a ambigüidade que todo código de leis comporta, a despeito do esforço dos teóricos – Kelsen, em particular – de fazer do Direito um sistema auto-suficiente e, de sua “interpretação”, uma “ciência positiva”. PERISSINOTTO, Renato M.; MEDEIROS, Pedro Leonardo; WOWK, Rafael T. Valores, socialização e comportamento: sugestões para uma da elite judiciária. **Revista de e Política**, Curitiba, v. 16, n. 30, p. 151-165 jun. 2008.

empreendimentos futuros por parte do intérprete. E é nesse contexto que a assunção de uma percepção reflexiva calcada na metalinguagem da Sociologia representa o mais consciente modelo de racionalidade e fornece o instrumental teórico para a desconstrução da metafísica vigente, possibilitando o acontecer do Direito em seu sentido autenticamente transformador de nossa triste realidade social.

Dessa forma, os anseios dos Estados empobrecidos que compõem o mundo globalizado, diante das dificuldades para a implantação de políticas efetivamente sociais e emancipatórias, conduzem à idealização mítica de bem comum, de satisfação generalizada e de unidade cultural. Evidentemente que este complexo quadro de relações internacionais sequer poderá apoiar-se na equidade quando grande parte da população mundial vive abaixo da linha de pobreza.

A dominação racional ou legal calca-se na crença acerca da legitimidade das ordens e comandos estatuídos pelas normas jurídicas e pelos indivíduos que estão nomeados para exercer a dominação. Sob o ponto de vista social se sacramenta o formalismo exagerado na produção das leis e no exercício da função jurisdicional, sem maiores apreciações particulares, sob a noção de “cumprimento de dever”, inserida numa burocracia sem compromisso de ética universal.

A racionalidade moderna, portanto, aperfeiçoou-se para criar uma *irracionalidade global* que paira sobre as mini-racionalidades múltiplas e fragmentadas, representativas da resistência às desigualdades intensificadas na pós-modernidade, por isso o aparecer das racionalidades locais é o norte primordial para a orientação teórica de atuação política interna, já que as mini-racionalidades pós-modernas, conscientes dessa irracionalidade global sem regras definidas, estão conscientes que só a podem combater localmente, pois, efetivamente quanto mais global for o problema, mais localizadas devem ser as soluções.

Nesse ínterim, como já referido, a implementação de um Estado fortalecido e engajado com um novo modelo de organização social impele a aplicação de um Direito autêntico, desvincilhado de um *consenso racional* de justificação. Esta é a condição de superação, num contexto de globalização, de interesses e de realidades nacionais completamente díspares.

A concepção weberiana da (ir) racionalidade como condução natural da imposição do poder é uma realidade indispensável, portanto, para a superação da crise do

Direito brasileiro, pois a escolha social é um princípio da justiça como equidade e, sob o enfoque contratualista, a única forma de retomada do consenso original.

A perspectiva crítica afigura-se essencial para o diagnóstico da crise contemporânea dos Estados periféricos porquanto, ao mesmo tempo em que se vislumbra uma nova atuação jurisdicional e de uma nova forma de compreensão do Direito. A possibilidade da autenticidade da interpretação e da aplicação das normas jurídicas sob o viés constitucional se dá a partir da compreensão da assunção das responsabilidades do intérprete acerca da função social do Direito. Os novos horizontes do processo de mundialização, com a intensificação das práticas transnacionais de regulação jurídica, compelem os países não-alinhados a compartilhar a soberania interna com os países centralizados no jogo político mundial.

Por isso a crítica acerca do estabelecimento de mecanismos para a obtenção do consenso discursivo habermasiano, na medida em que as realidades históricas das sociedades evidentemente não permitem a formação de um corpo social padronizado em suas necessidades, de modo que a concepção de Boaventura de Souza Santos, no sentido que a *irracionalidade global* é um fenômeno atribuído ao paradigma epistemológico dominante, concebe, na realidade, a existência de mini-racionalidades múltiplas e fragmentadas, representativas da resistência às desigualdades intensificadas na pós-modernidade.

A racionalidade concebida como um método de resolução dos problemas sociais permeou o Estado capitalista moderno, transferindo, em maior ou menor grau, a resolução das questões sociais ao Estado essencialmente monopolizador, tendo em vista a limitação do indivíduo na condução das questões sociais.

O Estado racional, portanto, é o modelo produzido historicamente no Ocidente, perfeitamente adequado para abarcar o capitalismo moderno, pautado sob um liberalismo especializado e sob um Direito racional, representando o grupo de dominação institucional com o monopólio da violência legítima para o exercício do domínio efetivo dentro de um determinado espaço territorial.²⁹⁵

²⁹⁵ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Traduzido por Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. v. 2, p. 517-43. Tradução de *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der Verstehenden Soziologie*.

A estrutura do Estado racional implica na compreensão acerca da existência de um ente que exerce a dominação estrutural sobre as práticas sociais e, no dizer de Weber²⁹⁶, todas as áreas da ação social mostram-se profundamente influenciadas por complexos de dominação, pois o que se desenvolve o Estado racional na civilização ocidental também torna-se mais nítida a distinção entre os países industrializados e os países periféricos do sistema capitalista. Nesta seara, evidentemente que não poderíamos deixar de conceber a existência de um Estado irracional.

A possibilidade desta ruptura constitucional do Estado não retira a validade da assertiva de Max Weber, porquanto o conteúdo e a amplitude da alteração normativa constatados num determinado período histórico realça o potencial sentido transformador do Estado racional. Ao mesmo tempo não o elimina a razão avocada pelos Estados que termina por legitimar o uso da força, independentemente da moral socialmente estabelecida ou dos fins sociais e políticos que permeiam as normas jurídicas vigentes. Kelsen²⁹⁷ preconiza uma teoria de separação entre o Direito e a moral, pois esta estaria ligada às Ciências Sociais sem o caráter coercitivo, como uma ordem social que não estabelece sanções, ao contrário do Direito que se utiliza da coerção estatal para o cumprimento de suas regras. A distinção entre o Direito e a moral fundamenta-se igualmente na relativização da moral inserida em um determinado contexto espacial e histórico ou incidente sobre uma determinada categoria de classe social ou profissional.

Como já referido anteriormente, a presente investigação busca analisar os fatores que alicerçam a legitimidade do Direito e a necessidade de compreender esta legitimidade desvincilhada da coerção, sob o reconhecimento do pluralismo das sociedades complexas contemporâneas.

O pluralismo de interesses historicamente é analisado sob a ótica do embaraço ao desenvolvimento da cidadania e da democracia. O ordenamento jurídico possui a incumbência

²⁹⁶ Ibid., p. 517-43.

²⁹⁷ “Uma distinção entre o Direito e a Moral não pode encontrar-se *naquilo* que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas no *como* elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana. O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando – como já mostramos – se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego de força física” KELSEN, Hans. **A democracia**. Traduzido por Ivone Castilhos Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo. Martins Fontes, 2000. p. 71.

de manter, por meio da coerção, as aspirações que se contrapõem aos interesses de grupos dirigentes, no entanto, o Direito tem ignorado a complexidade das sociedades multiculturais verte-se em mecanismo de justificação de controles sociais em favor das elites que assumiram o controle político do poder.

No caso do Direito brasileiro, o obstáculo da sua legitimação pode ser representada pelo fetiche técnico e retórico da coercitividade, verdadeira demonstração do não reconhecimento do pluralismo na multicultural sociedade brasileira. Com efeito, a presente investigação é do tipo teórico-conceitual e realiza uma revisão bibliográfica acerca dos tópicos salientados. Para isso, utiliza-se inicialmente a metodologia baseada nas estruturas teóricas edificadas basicamente pelos três autores que buscam classificar e delimitar os elementos que conferem a validade social ao direito (Bobbio, Habermas e Boaventura), na medida em que a validade meramente “jurídica” do direito é inquestionável.

As abordagens envolvem a mencionada *resgatabilidade discursiva* orientada pelo entendimento e pelos preceitos democráticos generalistas, tal como preconizado por Habermas, bem como a proposição *boaventurista* acerca da *racionalidade local*, como formas distintas de legitimação do Direito. Tais entendimentos serão alvo de análise aprofundada porque sintetizam as duas visões acerca da legitimidade e da racionalidade do sistema jurídico e representam nortes bastante distintos para uma projeção da realidade brasileira.

Neste aspecto, novamente, parte-se da premissa que a reprodução das normas jurídicas brasileiras, ainda que formalmente democráticas, não se coaduna com os interesses dos mais variados campos da vida social, sobretudo em relação à população excluída do campo de proteção do Estado, de modo que essa reprodução interna da desigualdade, cuja lógica encontra correlato com a reprodução das desigualdades no âmbito internacional, alicerça-se em mini-racionalidades múltiplas e fragmentadas, representativas da resistência às desigualdades intensificadas na pós-modernidade. Por isso as estratégias propostas conduzem à conclusão que quanto mais global for o problema, mais locais e mais multiplamente locais devem ser as soluções.²⁹⁸

²⁹⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1999.

6.2 A crise epistêmica do paradigma dominante no direito brasileiro

As ciências sociais são ciências dotadas de subjetividade, não sendo lógico compreender os fenômenos sociais com a objetividade a que são revestidas as ciências exatas ou naturais. Pode-se concluir acerca da existência de uma falsa compreensão do papel do direito no Brasil, posto que a objetividade padronizada, sem uma finalidade claramente absorvida por seus operadores, mantém o desajustamento do saber jurídico frente às necessidades coletivas da sociedades brasileira, a partir da compreensão de que as metas locais emancipatórias são distintas dentro do próprio país, na medida em que a generalidade e a universalidade do direito são condições básicas para o alcance da operacionalidade racional do sistema, mas não para o surgimento de um novo paradigma calcado no respeito às peculiaridades e necessidades locais.

6.2.1 O rompimento com a tradição de padronização das práticas jurídicas

As transformações sociais experimentadas pela humanidade com a generalização e a uniformização dos trâmites da comunicação, das ciências, cadeias produtivas e circulação de riquezas culminaram, após o término da guerra fria e a bipolarização de forças entre EUA e URSS, na inevitável ocidentalização do mundo sob a égide de uma economia capitalista globalizada. A expressão *globalização*, na realidade, traduz, essencialmente, o giro econômico mundial da expansão mercadológica. No entanto, a humanidade convive com um fenômeno igualmente global, mas de cunho mais abrangente, ou seja, a própria mundialização do modo de vida dos homens, pois universaliza-se os hábitos, os padrões, os comportamentos, os costumes, os direitos, enfim, lida-se também com a homogeneização cultural e política do planeta.

O valor atribuído à pessoa como fundamento dos direitos humanos conquistado ao longo da história da humanidade culminou na evolução do Estado absolutista para o Estado de Direito, caracterizada, sobretudo, pela contenção do abuso do poder exercido pelo Estado ou pelas maiorias em relação à minoria ou à pessoa individualmente considerada. A necessidade constante de positivação de declarações de direitos inspiraram o constitucionalismo como instrumento inafastável de estabilização social entre os indivíduos, bem como entre estes e o Estado.

Entretanto, a perspectiva de uma *constelação pós-nacional* representa um desafio político diante da iminente formação de uma sociedade mundial de integração cultural das populações historicamente heterogêneas. As fronteiras nacionais sempre propiciaram os ideais de soberania territorial dos Estados, a identidade coletiva e a legitimidade da democracia interna, representando um instrumento de proteção dos países frente a violações ou ingerências estrangeiras.²⁹⁹

A unidade dos seres humanos comprovada pelo avanço das ciências ligadas à biologia e à antropologia propiciou a *hominização*³⁰⁰ e a natural miscigenação dos seres humanos, conferindo-lhes definitivamente uma identidade comum. Essa formatação homogênea conduziu a humanidade para a universalização de seus interesses fundamentais, consubstanciados basicamente na sobrevivência da espécie, no pleno exercício da cidadania e no fomento ao bem-estar social, muito embora a diversidade multicultural dos povos.

Historicamente, as civilizações atrelaram os conceitos de nacionalidade ao de cidadania, ou seja, a nação de origem de um indivíduo como pressuposto do *direito a ter direitos*. Com efeito, modernamente a cidadania plena seria composta pelos direitos de primeira geração – direitos civis e políticos – e de segunda geração – direitos sociais – estabelecidos constitucionalmente nos Estados mantenedores dos direitos fundamentais.

A relação entre cidadania e nacionalidade sempre foi um elemento de tensão entre o pensamento progressista e o conservador. A humanidade conviveu, a partir do século XIX, com intenso movimento migratório, além disso, as desnacionalizações em massa determinadas pelos regimes soviético e nazista ensejaram a formação de imensas coletividades apátridas³⁰¹. Tais fatores, foram preponderantes para o enfraquecimento da normalidade representada pelo vínculo permanente dos nacionais aos seus Estados.

Inobstante as restrições estabelecidas no plano dos direitos, mormente dos políticos, a Constituição Federal de 1988, tal como a maioria das Constituições Democráticas, procurou fomentar a proteção transnacional da cidadania, sobretudo no que tange ao direito humanitário, de acordo com as obrigações assumidas no plano internacional.

²⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 78.

³⁰⁰ MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. Tradução de Pulo Neves. Porto Alegre: Sulina, 2002. p. 53-9.

³⁰¹ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 142-45.

A construção de um valor universal para os direitos humanos, como referencial ético-político a orientar a ordem internacional, enalteceu o paradigma de que a proteção dos direitos humanos não pode estar restringida às jurisdições domésticas, em virtude do legítimo interesse internacional na tutela do referidos direitos. Esta nova concepção aponta para a necessidade de revisão da noção clássica de soberania absoluta do Estado e a aceção definitiva de que o indivíduo, independentemente de seu *status civitatis*³⁰², encontra-se sob o manto da proteção internacional de seus direitos fundamentais.

A tutela dos direitos humanos no plano internacional iniciou o seu delineamento com a Revolução Francesa, no entanto passou a ter força política a partir da Segunda Guerra Mundial. O alcance internacional do Direito Humanitário foi estabelecido fundamentalmente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e posterior Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993. Ambas as declarações consagram que os direitos humanos compõem uma unidade indivisível e interdependente, oportunidade em que os direitos civis e os políticos deverão ser conjugados com os direitos econômicos, sociais e culturais.

Como decorrência da indivisibilidade dos direitos humanos, afasta-se definitivamente a noção fragmentária e escalonada dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. Os referidos direitos, portanto, devem ser consagrados e garantidos de maneira unitária como autênticos direitos fundamentais, cujas reivindicações no plano internacional encontram respaldo legal no plano mundial.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, portanto, surgiu como o horizonte moral da humanidade, enquanto declarações de princípios e valores universais a serem respeitados pelos países, demarcando a concepção inovadora de que os direitos humanos são direitos universais. Os direitos sociais foram reconhecidos, junto com os direitos civis e os direitos políticos, no elenco dos direitos humanos. Todos esses são considerados direitos que devem caber a todos os indivíduos igualmente, sem distinção de raça, religião, credo político, idade ou sexo. Com algumas variações, esses direitos foram incorporados nas Constituições da maioria dos países, abrindo uma clareira definitiva para um *mundo*

³⁰² “Desta análise da condição do apátrida Hannah Arendt extraiu a conclusão de que, num mundo como o século XX, inteiramente organizado politicamente, perder o *status civitatis* significava ser expulso da humanidade, de nada valendo os direitos humanos aos expelidos da trindade Estado-Povo-Território.” LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 147.

*comum*³⁰³, muito embora a diferenciação quantitativa e qualitativa na violação dos direitos fundamentais por parte dos Estados.

Partindo da premissa que essa concepção universalista dos direitos sociais foi incorporada apenas em 1988 com a promulgação da atual Constituição, que é uma referência política importante na história nacional, uma vez que a construção democrática envolveu inicialmente a ruptura com o regime autoritário, deflagrando o período de transição democrática, com o gradativo resgate da cidadania e das instituições representativas das classes sociais. Contudo, o paulatino processo de consolidação democrática terminou por alcançar uma complexidade peculiar, na medida em que o impacto da globalização econômica recai em pleno processo de consolidação do Estado Democrático preconizado pela Constituição Federal de 1988.

A América Latina constituiu parte do atual padrão de poder mundialmente dominante, em que se configura e se estabelece a colonialidade e a globalidade como fundamentos e modos constitutivos do novo padrão de poder, a partir do processo histórico que definiu a dependência histórico-estrutural.

As novas potencialidades históricas não alcançaram seu pleno desenvolvimento na América Latina, pois o colonialismo permitiu que os países da Europa Ocidental elaborassem a sua própria versão da modernidade e da racionalidade, bem como apropriarem-se com exclusividade da identidade histórico-cultural do Ocidente, em um período no qual a colonialidade do poder.

A produção de um novo padrão de poder, levando em consideração a raça e a dominação social global constituiu uma das bases do sistema de dominação e exploração social, do qual resultou um novo padrão de conflito. Nesse contexto, o sistema de exploração social passa a ser representado pelo controle do trabalho, de seus recursos, de seus produtos, ou seja, todos os modos historicamente conhecidos de controle do trabalho ou de exploração, alicerçados num sistema único de produção de mercadorias para o mercado mundial. Na América, tendo em vista a magnitude da violência e da destruição as relações entre os novos sistemas de dominação e de exploração iniciaram pela classificação racial da população.

³⁰³ TELLES, Vera da Silva. **Direitos sociais**: afinal do que se trata? Disponível em: <<http://www.direitos.humanos.usp.br>>. Acesso em: 15 dez. 2002.

Assim, em razão do lugar dominante do capital nas tendências básicas do novo sistema, este teve desde o início, como tem hoje, o caráter capitalista baseado na centralização do capital³⁰⁴. A exploração social do trabalho humano como a estratificação embrionária de um complexo sistema de dominação que se amoldou ao longo dos séculos na América latina, sobretudo no Brasil, permitindo a formação do fenômeno da europeização de uma sociedade que visa “civilizar-se” em conformidade com os padrões da Europa central³⁰⁵.

Avulta-se como um problema investigativo, como já mencionado, a análise da problemática da multiplicidade de referências ideais e da variedade dos símbolos de identificação da multicultural sociedade brasileira, cuja regulação jurídica é centralizada e uniformizada. A caracterização do reducionismo na análise das peculiaridades locais transforma as normas gerais de comportamento em regras destituídas de racionalidade. Se considerarmos a premissa durkheiminiana de que o social é coercitivo sobre a ação individual, o Direito deve ser símbolo de uma espécie de solidariedade social (novo pacto contratual ou social) para conferir legitimidade às normas gerais de comportamento.

Para Karl Marx e Frederich Engels o Direito é o produto de forças da economia, ou seja, uma superestrutura fundamentada nas condições econômicas que representa a classe social economicamente dominante para a sua manutenção no poder de Estado e subjugar as classes oprimidas. Por este motivo não visa ao bem comum de toda uma sociedade, mas somente daqueles que assumiram o poder econômico e, portanto, político.

A crise do Direito sob a ótica das Ciências Sociais desafia uma abertura de horizontes para a realidade nacional. Neste aspecto, a Sociologia Jurídica preocupa-se com a investigação das relações existentes entre o Direito e as Ciências Sociais, na medida em que ambos tratam dos conflitos, das normas de controle existentes nas relações sociais entre os indivíduos e a suas respectivas circunstâncias sociais reguladas.

Mas afinal, quais as razões do distanciamento dessas influências (modelo social e modelo jurídico) sobre a ação do ator social nas sociedades latino-americanas e, sobretudo, na sociedade brasileira? Quais são os fundamentos da legitimidade social do

³⁰⁴ QUIJANO, Aníbal. Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina. **Revista de Estudos Avançados da USP**, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 9-23, 2005.

³⁰⁵ “O brasileiro se transveste de “civilizado”, conferindo um sentido àquela frase ainda hoje utilizada por todo brasileiro, civilizando-se “para inglês ver”. Existe, na realidade como vimos, toda uma “do “inglês para ver”, que se nutre na idéia de que o processo de absorção da modernidade européia no Brasil é um verniz, uma aparência, ou no melhor dos casos uma primeira epiderme.” SOUZA, op. cit., p. 213.

Direito? Adotando-se estrutura preconizada por Bobbio³⁰⁶, quais foram as promessas não cumpridas da democracia constitucional brasileira? Este autor traça uma análise crítica das promessas não cumpridas pela democracia ideal em confrontação com a democracia real, cujos inevitáveis e principais entraves podem ser representados pela revanche dos interesses com o nascimento da sociedade pluralista, a persistência das oligarquias no cenário político, o poder das circunstâncias políticas não tornadas públicas (poder invisível) e a problemática do cidadão não-educado. A uniformização de normas jurídicas criadas num modelo centralizado atende às expectativas de um Estado Federativo formado por uma sociedade multicultural com dimensões continentais como o Brasil?

A linguagem jurídica extraída dos códigos e a impenetrabilidade da ciência jurídica, como um sistema hermético e de pouco dialógico com os demais ramos das ciências humanas, são fatores que geram grande desinteresse para boa parte dos sociólogos. Na realidade, a pouca importância científica conferida ao estudo da Sociologia Jurídica constitui um dos fatores para a incompreensão do fenômeno social e de seus fatores de transformação, bem como do desenvolvimento e declínio das idéias e instituições jurídicas.

O Direito contemporâneo, regulador de uma sociedade massificada e globalizada, caracteriza-se pela primordial função de regular e, sobretudo, pacificar os conflitos existentes na sociedade. Neste ínterim procura classificar se os interesses opostos merecem ou não de tutela do Estado, harmonizar os interesses parcialmente opostos, definir os limites de reconhecimento e proteção desses direitos, bem como regular as instituições públicas e executar as normas gerais, individualizando-as aos casos concretos.

O condicionamento do Direito à mentalidade funcional-pragmática está calcada na impaciência com abstrações destinadas a explicar os ritmos acelerados das mudanças sociais e dos novos conflitos, dificultando a aproximação do Direito à sociedade. Como já mencionado, o problema da investigação pode ser sintetizado na análise da problemática da multiplicidade de referências ideais e da variedade dos símbolos de identificação multicultural. Em uma sociedade cuja regulação jurídica é centralizada e uniformizada caracteriza-se pelo reducionismo na análise das peculiaridades locais, transformando as normas gerais de comportamento em regras destituídas de racionalidade coletiva.

³⁰⁶ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade:** para uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

O fenômeno jurídico é um fenômeno social e, por isso, constitui-se em uma seleção de comportamentos regulados pela lei e pela jurisprudência que se modificam, renovando-se na medida em que alterados os comportamentos de uma determinada sociedade. Por isso a Sociologia do Direito é um ramo do Direito que busca efetivamente descrever e explicar o fenômeno jurídico como parte da vida social, voltada para a investigação da realidade social como forma de aprimorar a produção jurídica.

O resgate da soberania interna no contexto internacional é imperioso para a transformação do cenário social brasileiro. A busca do modelo universal de comportamento se verifica na aplicação das normas jurídicas internas, a partir de um juízo prévio supostamente racional e burocraticamente metafísico, sustentado em uma metodologia nitidamente objetificadora. E é justamente nesta busca do modelo que cresce a necessidade de se repensar a instrumentalização do Direito à luz das garantias e metas emancipatórias da Carta Magna de 1988.

Esse sistema complexo de relações internas e externas demanda a análise da crise do Direito enquanto sistema aberto, sob uma perspectiva hermenêutica e sociológica. Este procedimento parece condição de rompimento ao paradigma representado pela dogmática jurídica tradicional, a fim de afastar a propagação de métodos unívocos e, portanto, inautênticos, para lidar com as multiplicidades.

A partir da assunção de uma reflexão crítica da fenomenologia da aplicação do Direito brasileiro e do seu real papel para a implantação de um efetivo Estado Social se avulta a necessidade de uma virada reflexiva apoiada na metalinguagem das Ciências Sociais. Mediante uma perspectiva crítica pretende-se analisar a motivação histórica eurocentrista para a formação consensual do Estado como ente da razão e a crise da instrumentalização “racionalista” do Direito brasileiro. Estas circunstâncias impedem a reconstrução da sociedade periférica nacional, inserida na contextualização do universalismo globalizante, a partir de suas próprias singularidades.

A efetiva implantação do Estado Democrático de Direito e a superação do paradigma liberal-individualista podem servir como parâmetros de compreensão. A ciência jurídica é concebida como instrumento indispensável para a derrubada das barreiras sociais e para a efetivação da cidadania. Esta tarefa não será possível sem a redefinição, sobremaneira, do

papel do Poder Judiciário para superação da crise de um Direito meramente mantenedor e reproduzidor das desigualdades sociais.

A implementação de um Estado fortalecido e comprometido com um novo modelo organizacional impele à aplicação de um Direito autêntico, desvencilhado de um consenso racional de justificação das práticas judiciárias pré-concebidas, como forma de retomada do consenso original e de superação da crise global da irracionalidade.

Da compreensão do imenso abismo que distancia o discurso da efetiva ação das políticas públicas, resulta uma conclusão inarredável voltada para a necessidade de uma reflexão filosófica e não determinista de resgate da soberania interna para a transformação do quadro social brasileiro.

A consciência da instrumentalização do Direito comprometida com a eficácia dos direitos humanos e a retomada do ideário transformador do constitucionalismo compromissário, como instrumento norteador da auto-regulação garantirão a autenticidade e a legitimidade das fontes e das formas de aplicação do Direito, como verdadeira *ciência jurídica* brasileira. As pretensões humanitárias, mesmo reconhecendo os avanços de uma conscientização universal voltada para a desnacionalização da cidadania pelos organismos internacionais, governamentais ou não, serão alcançadas quando da busca da efetividade da Carta Maior em todos os níveis e formas de exteriorização do poder institucional.

A ausência de uma compreensão do Estado-nação no cenário e a insensibilidade acerca do abismo social fragmenta a sociedade brasileira em verdadeiros guetos de proteção. As formas de instrumentalização inautêntica do Direito Privado e do Direito Penal são sintomas reveladores da obscura e falsa “racionalidade” do Direito sob a ótica social, a partir da falta de compreensão de seu real significado transformador para grande parte de seus operadores.

A dogmática jurídica, para exemplificar, com a sua ideologia mantenedora da realidade social, estruturou a racionalidade jurisdicional propagando o paradigma do ativismo judicial nos processos criminais, cuja *clientela brasileira* é essencialmente formada por pessoas excluídas socialmente, mas não preconiza a mesma contrapartida na estruturação de políticas sociais sérias e institucionalizadas.

É evidente que o racionalismo dogmático não poderia conceber a Constituição como norte transformador de uma nova realidade visando à formação de um novo Estado Democrático de Direito. O Direito brasileiro, tradicionalmente, é concebido como instrumento de manutenção e de contenção aos inovadores referenciais éticos pautados na solidariedade social, bem como pela submissão aos comandos internacionais exarados em um complexo sistema relacional de dominação externa.

A perspectiva crítica afigura-se essencial para o diagnóstico da crise contemporânea dos Estados periféricos porquanto, ao mesmo tempo em que se vislumbra uma nova atuação jurisdicional e de uma nova forma de compreensão do Direito. A possibilidade da autenticidade da interpretação e da aplicação das normas jurídicas sob o viés constitucional se dá a partir da compreensão da assunção das responsabilidades do intérprete acerca da função social do Direito.

Dessa forma, como já referido, o gerenciamento inautêntico das normas de comportamento é fortemente caracterizada, sob a ótica externa, pela crença em um determinismo social calcado na voluntária submissão às leis consideradas inexoráveis e na descrença em mudanças quantitativas e qualitativas da vida das pessoas que clamam pela universalização da cidadania.

A crise do Direito nacional não escapa, portanto, a uma posição crítica acerca da inserção do Direito no campo da racionalidade técnica e metodológica. A autêntica compreensão da fenomenologia jurídica no plano interno e internacional, portanto, afigura-se primordial para a formação de uma nova filosofia hermenêutica baseada na relação do intérprete com o mundo social o qual se encontra inserido.

A presente pesquisa buscará demonstrar a necessidade de alteração do discurso jurídico para a formação de uma nova linguagem pautada, sobretudo, na compreensão de uma matriz constitucional compromissória. O intuito será de aproximar a potencialidade da ciência jurídica de sua realidade social, incluindo o intérprete no processo da reflexão metodológica para a busca do sentido.

A partir da compreensão acerca da necessidade de *situar-se* para compreender-se abrange uma nova racionalidade atrelada à justiça social e em conformidade com o papel promocional do Direito. Notadamente no cenário nacional, em primeiro lugar pretende-se comprovar que a racionalidade no campo da ciência jurídica é pragmática e utilitarista, pois

representa, efetivamente, uma relação classista de dominação, cuja subsistência é baseada em uma visão normativa.

Os procedimentos pautados pela suposta objetividade procuram justificar as práticas tradicionais de dominação, ocultando, assim, o desígnio primordial da República voltado para a redução das desigualdades sociais e regionais, conforme expressamente estabelecido pela Constituição Federal. E é nesse ponto que se buscará demonstrar que a racionalidade implica em técnica, em método, sendo a própria negação da hermenêutica como condição de ser do intérprete indissociavelmente atrelado ao mundo que o cerca.

Em segundo lugar, o objetivo da tese é a desmitificação da busca antecipada de sentido das normas jurídicas “racionalmente” oferecidas. O paradigma do Direito natural, reforça-se, entendido como sistematização de conceitos universais, perenes e antiparticularistas, ainda permeia operacionalização do Direito nacional, ao automatizar a aplicação e a interpretação das normas jurídicas não vislumbra as novas metas emancipatórias emanadas do texto constitucional, fundamento de validade de todo o sistema representado pelo Direito.

Em terceiro lugar avista-se demonstrar a necessidade de uma virada reflexiva e epistemológica da fenomenologia jurídica em suas relações internas e externas, em meio a um complexo contexto caracterizado pela fragmentação da soberania e pelo crescente ocultamento das singularidades locais.

Entre os objetivos ainda se coloca o intuito de demonstrar que a busca de modelos universais para a aplicação das normas jurídicas, nega as singularidades locais sob a ótica social e oculta o relativismo necessário na aplicação da norma. Por isso, a hermenêutica é condição para a compreensão autêntica do Direito, pois a prática jurídica não pode ser concebida sem o estabelecimento de empreendimentos futuros por parte do intérprete.

Partindo-se do pressuposto que a reprodução das normas jurídicas brasileiras, ainda que democraticamente criadas, não se coaduna com os interesses dos mais variados campos da vida social, sobretudo em relação à população excluída do campo de proteção estatal. No entanto, mesmo nos meios sociais de inclusão, as normas jurídicas igualmente são secundadas pela falta de compreensão de um horizonte nacional de redução das desigualdades sociais.

Por isso a necessidade de se estabelecer mecanismos para a obtenção do consenso discursivo habermasiano, com base na concepção de Boaventura de Souza Santos, no sentido que a *irracionalidade global*. As mini-racionalidades múltiplas e fragmentadas, representativas da resistência às desigualdades intensificadas na pós-modernidade conduzem à conclusão que quanto mais global for o problema, mais locais devem ser as soluções.³⁰⁷

Esta situação deve-nos precaver contra a tentação de caracterizar a pós-modernidade como cultura da fragmentação. A fragmentação maior e mais destrutiva foi-nos legada pela modernidade. A tarefa é agora a de, a partir dela, reconstruir um arquipélago de racionalidades locais, nem mínimas nem máximas, mas tão-só adequadas às necessidades locais, quer existentes quer potenciais, e na medida em que elas forem democraticamente formuladas pelas comunidades interpretativas. As mini-racionalidades pós-modernas estão, pois, conscientes dessa irracionalidade global, mas estão também conscientes que só a podem combater localmente. Quanto mais global for o problema, mais locais e mais multiplamente locais devem ser as soluções.³⁰⁸

A efetiva implantação do Estado Democrático de Direito no Brasil e a superação do paradigma liberal-individualista servem como norte de compreensão da presente investigação. Concebemos o Direito como instrumento indispensável para a derrubada das barreiras sociais e a implantação efetiva da cidadania, desde que redefinindo o papel do Poder Judiciário para superação da crise de um Direito meramente mantenedor da regulação social e reprodutor das desigualdades sociais.

O diagnóstico da crise social no plano interno e a forma como a globalização é imposta sem discussões acerca das finalidades e conseqüências da transição no plano social e jurídico reforçam o paradigma da imposição de uma racionalidade globalizante que se distancia dos anseios dos Estados empobrecidos. Esta realidade redobra as dificuldades para a implantação de políticas efetivamente sociais e emancipatórias, conduzindo a uma espécie de idealização aparentemente universalizada de satisfação generalizada e de unidade cultural.

Daí porque se apresenta igualmente como hipótese que este complexo quadro de relações internacionais sequer poderá apoiar-se na equidade quando grande parte do rumo inarredável da globalização ocasiona o enfraquecimento da noção de Estado soberano. Ora, até o momento o Estado é o ente promotor das políticas públicas fundamentais ao

³⁰⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1999.

³⁰⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1999.

desenvolvimento da cidadania igualitária, tendo em vista a edição das constantes cartas de intenções e declarações de direitos, bem como o gerenciamento de recursos internos.

Diante desse quadro, diagnostica-se a crise global da racionalidade também porque a economia brasileira não cria bens e serviços públicos em escalas apropriadas, hábeis a sustentar o funcionamento adequado dos sistemas políticos, desmotivando o exercício e o aprimoramento cívico da cidadania no meio dos diversos campos da vida social.

6.2.2 A racionalidade normativa e a análise propositiva para um novo federalismo emancipatório

A América Latina, como antes abordado, apresenta-se como um espaço fértil para a continuidade da dependência política, cultural e econômica aos países centrais, fazendo-se necessária a implementação de um projeto histórico, aberto e heterogêneo para a produção de uma identidade latino-americana, visando a destruição da colonialidade do poder para a implementação de metas modernas e emancipatórias, por isso aos novos atores da sociedade civil cumpre intensificar a relevância dos espaços de participação e redefinir o papel desta sociedade civil no desempenho das políticas sociais para a emergência de novas institucionalidades.

As conseqüências negativas das políticas neoliberais implementadas pelos governos na América Latina demandam novas políticas de reestruturação sócio-econômica e de orientação dos atores sócio-políticos, numa dimensão instrumental-estratégica de luta pelo acesso aos bens e serviços de consumo coletivo, ou seja, luta de acesso pelos direitos materiais, por isso, a lógica da ação coletiva de perfil individualista estabelece novos conflitos sociais na área do consumo, tendo em vista as mudanças no caráter estratégico da ação coletiva para os processos de expansão da esfera pública.

Por isso, a mencionada orientação dos atores para a globalização e a universalização dos valores democráticos prima pela necessidade de rearticulação dos países latino-americanos erigidos da colonialidade para demandarem a necessidade de uma alteração paradigmática acerca da reconstrução de uma teoria democrática.

Como salientado por Lavallo³⁰⁹, este retorno à Sociologia situa-se na redescoberta da sociedade civil dentro de um contexto intelectual latino-americano, preocupado com as iniquidades decorrentes do colonialismo que emperravam a modernização das estruturas sociais, oportunidade em que os efeitos perversos da chamada modernização econômica levou à reflexão acerca do largo segmento populacional desnecessário à reprodução do capital. Por isso, a necessidade de se traçar uma agenda estratégica aos países latino-americanos por intermédio da modernização pela via política e pela via da ação social direcionada para o desenvolvimento de valores universais e de políticas pública emancipatórias.

Num sistema globalizado em que se modificam radicalmente as condições sob as quais se desenvolvem a teoria e a prática da política do capitalismo, como modo de produção e processo civilizatório, propicia-se o desenvolvimento de relações, processos e estruturas de dominação política e apropriação econômica de alcance mundial. Ao mesmo alteram-se as formas de sociabilidade e os jogos das forças sociais, no âmbito de uma vasta, complexa e contraditória sociedade civil mundial igualmente em formação, o que significa a emergência e dinâmica de grupos sociais, classes sociais, estruturas de poder, acomodações, tensões e lutas em escala mundial.³¹⁰

Estes novos atores da sociedade civil vão demonstrar a relevância dos novos espaços de participação, o papel desta nova sociedade civil no desempenho das políticas sociais, a emergência de novas institucionalidades e a multiplicação de formas inéditas de representatividade especificamente na América Latina em seu atual tempo histórico. Novas políticas emancipatórias surgem no horizonte como metas inafastáveis na implementação da cultura democrática na América Latina. Novas agendas estratégicas devem ser delineadas visando a “descolonialidade do poder” frente à hegemonia política e econômica num complexo sistema capitalista globalizado.

A história da democracia nos países latino-americanos permeia inevitavelmente a investigação do amplo processo de colonialidade que esses países foram submetidos ao longo da história. O atrelamento histórico-estrutural da América Latina na eurocentralidade

³⁰⁹ LVALLE, Adrián Gurza. **Sem pena nem glória**: o debate sobre a sociedade civil nos anos 1990. Disponível em: <www.cebrap.org.br/imagens/Arquivos/SemPenaNemGloria_NovosEstudos.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2009.

³¹⁰ IANNI, Octavio. O príncipe eletrônico. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 21, 1998, Caxambú. **GT 19 - teoria social**. Disponível em: <<http://mail.view=att&th=11ce146ef89edb2e&attid=0.3&disp=attd&>>. Acesso em: 10 dez. 2008.

estabeleceu estruturas para a maneira hegemônica da produção, da cultura e do controle do conhecimento enraizado nessas novas sociedades.

O passado histórico na formação da identidade da América Latina apresenta-se como um quadro social propício para a continuidade da dependência econômica, cultural e política em relação aos países centrais, por isso a efetivação de valores da democracia universalmente aceitos para a continuidade ou a sobrevivência do próprio processo de produção da identidade latino-americana demanda a elaboração de uma agenda estratégica bem delimitada para o alcance da modernidade em atendimento às peculiaridades regionais. Em razão disso, a possibilidade de consolidação da democracia nos países latino-americanos também passa pela formação e desenvolvimento de uma cultura cívica calcada no processo de orientação dos atores para a globalização e a universalização dos valores dessa democracia.

A adoção das denominadas medidas anti-sistêmicas não representa mais a tomada de medidas revolucionárias visando uma luta de classes ou a mera manutenção da soberania estatal, como ocorreu com os movimentos nacionais em um passado recente no país. Na realidade, prevalecem medidas estratégicas bem delimitadas de atuação no plano político e no plano cultural dos novos atores sociais visando a retomada da hegemonia política, econômica e cultural.

Dessa forma, entende-se adequada a orientação da investigação nas bases da epistemologia crítica para a compreensão acerca dos tópicos envolvendo a racionalidade jurídica, a legitimidade social do Direito e o reconhecimento da racionalidade local como condição epistêmica para o alcance no que Boaventura de Souza Santos considera de *metas emancipatórias*.

Como bem explica Maria Teresa Miceli Kerbauy³¹¹, a análise do poder local hoje, em especial dos municípios do interior brasileiro, passa pela discussão dos temas do federalismo, descentralização e democracia, como processos fundamentais para o entendimento da reforma do Estado no Brasil, que teve e tem na descentralização seu *locus* fundamental, pois o Brasil tem hoje 5.527 municípios, dos quais 1.327 foram criados a partir de 1989, ou seja, um ano após a promulgação da Constituição brasileira, sendo que a metade deles tem menos de cinco mil habitantes. O termo descentralização pode ser usado

³¹¹ KERBAUY, Maria Teresa Miceli. Federalismo, descentralização e democracia. **Estudos de Sociologia**, [S.l.], v. 6, n. 10, 2001.

indistintamente para designar transferência de competência da administração direta para a indireta ou privada, entre níveis de governo e do estado para a sociedade civil. Descentralização aqui também é entendida como transferência de poder decisório a municípios ou órgãos locais.

A mencionada transferência está associada positivamente à participação popular entendida como um corretivo da democracia representativa e a processos de modernização gerencial da gestão pública. Como o Brasil constitui-se em uma República Federativa, a inclusão dessa dimensão na reforma do Estado implica não apenas entender a singularidade da caracterização dos municípios como entes federados, mas também entender a diversidade de trajetórias da descentralização no Brasil.

Em razão disso, os governos locais, na perspectiva da participação seriam os mediadores de um contrato político entre instituições públicas e sociedade civil, cujo resultado da gestão pública dependeria de como ela incorpora a participação popular dentro do sistema institucional de governo. O grau de participação nos processos decisórios se altera, portanto, conforme as peculiaridades não apenas de natureza organizativa, mas também segundo os arranjos institucionais, cultura cívica e interesses em foco.

Considerando o contexto brasileiro e latino-americano, o regime militar, além de sedimentar o processo de centralização política e administrativa, diminuindo as competências estaduais, outorgando-as ao governo da União, tratou de enfraquecer o Poder Legislativo em face do Executivo. Dessa forma, antes da entrada em vigor da Constituição Federal, a história brasileira é caracterizada pela progressiva perda das atribuições dos Estados para a União e pelo enfraquecimento do Poder Legislativo, o qual é caracterizado como o mais representativo dos poderes, de modo que a exacerbação das competências da União não foram mitigadas pela Constituição em vigor, em que pese o federalismo como regime político adotado.

Com o advento da Constituição de 1988, os Estados perderam relevante parcela de sua autonomia em benefício da elevação dos Municípios à categoria de entes Federativos e, ainda, suportam as crescentes atribuições da União, em uma centralização legislativa impressionante, na medida em que as matérias em que os Estados podem legislar são extremantes reduzidas. Em razão disso, no plano interno, o desequilíbrio entre os poderes políticos conduz, muitas vezes, ao arbítrio política e a graves irregularidades nas gestões administrativas.

Além disso, a inexistência de um órgão de fiscalização popular prestigiado impossibilita a adequada canalização das reivindicações populares aos respectivos governantes. Dessa maneira, indispensável a presença de movimentos sociais que, como meio de se fazerem ouvir, lançam várias formas de pressão aos governantes e administradores, mas, em razão da centralização política e administrativa, são obrigados a suportar normas que, em razão das peculiaridades locais, muitas vezes, carecem de sentido e, via de consequência, de legitimidade social, fomentada a indesejada anomia, aqui considerada como fator de desregramento social, rompendo com a solidariedade orgânica e com a própria identidade do corpo social.

Como bem salientado por Celina Souza, o federalismo nacional incorpora hoje múltiplos centros de poder e pode ser caracterizado como um sistema complexo de dependência política e financeira entre as esferas de governo, por caminhos e capacidades diferenciadas na provisão de serviços públicos e por grandes disparidades entre as regiões e no interior de uma mesma região.³¹² A trajetória, portanto, do federalismo confirma a visão de que o federalismo como mecanismo de divisão territorial de poder é mais uma forma de acomodar conflitos regionais do que de promover harmonia. Também confirma o argumento de que o federalismo é mais uma ideologia baseado em valores e interesses do que um compromisso baseado em arranjos legais e territoriais ou em propósitos democráticos. As relações federativas tendem a ser mais baseadas em interesses conflitantes que, por sua vez, refletem outros conflitos políticos existentes na sociedade.

³¹² SOUZA, Celina. Federalismo, Descentralização e desigualdades regionais no Brasil. In: ENCONTRO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS (ANPOCS), 24., 1998, Caxambu, MG. **GT03: Estrutura social e desigualdade**. Disponível em worldbank.org/etools/docs/.../ Souza Redemocratizacao.pdf. Acesso em: 7 jan. 2011. Refere a autora, que apesar de ter havido mudanças na Federação como resultado da redemocratização e da descentralização, profundos desequilíbrios inter e intra-regionais persistem. Pode-se ilustrar esses desequilíbrios com alguns indicadores históricos. Em 1994, 56% do PIB estava concentrado no Sudeste e 17,5% no Sul, enquanto que o Nordeste detinha 14% e o Norte e o Centro-Oeste permaneciam com 4,8% e 7,1% respectivamente do PIB nacional. O PIB per capita regional também ilustra bem essas disparidades. O PIB per capita nacional é de US\$ 5.037; no Sudeste é US\$ 8.843 e no Nordeste US\$ 3.085, ou seja, três vezes menor do que o do Sudeste. No caso da participação de cada estado, a concentração econômica piorou nos anos 1990s. Em 1985, sete dos 26 estados brasileiros produziam 2/3 da riqueza nacional e em 1994 esse número atingiu 77,3%. Ao contrário do que ocorreu nas décadas de 1970 e 1980, quando a concentração econômica regional registrou um pequeno declínio, a década de 1990 retomou a tendência à concentração. O PIB do Sudeste, que havia declinado entre 1970 e 1985 de 65,5% para 59,1%, alcançou 59,6% no final de 1998. O PIB do Nordeste, que tinha aumentado sua participação de 11,7% para 13,6% entre 1970 e 1985, caiu para 12,6% em 1998 (Serra e Afonso, 1999).¹ Portanto, apesar dos esforços dos constituintes de 1988 para diminuir a concentração econômica via a distribuição dos impostos das regiões economicamente mais desenvolvidas para as menos desenvolvidas, a concentração econômica no Sudeste tem aumentado.

Dessa forma, a redemocratização trouxe consigo a perspectiva de aumentar o papel do Estado nas questões sociais e regionais. No entanto, essa perspectiva tem sido estrangida pelas demandas da política econômica. Embora os governos dos Estados estejam desempenhando papel importante na questão social, o enfrentamento das desigualdades regionais continua ausente das políticas públicas. Um desses fatores é que, na ausência de uma política nacional de industrialização, estados e municípios estão investindo maciçamente na atração de novas indústrias, gerando o que ficou conhecido como guerra fiscal, o que pode diminuir seus compromissos com programas sociais.

Outro fator importante e pouco analisado os Estados desempenham um papel duplo e contraditório: eles atendem parcialmente às demandas sociais, mas constroem os objetivos econômicos da coalizão governista. Esse duplo e contraditório papel impede a criação de condições para que as questões das desigualdades sociais e regionais possam ser encaminhadas nacionalmente. Além disso, outra questão diz respeito ao fato de que a atual correlação de forças, caracterizada como fragmentada, não significa que cada estado e município possua cotas semelhantes de poder político, de recursos financeiros e de capacidade de provisão de serviços sociais.

Existem, portanto, muitas esferas subnacionais que são incapazes de desempenhar qualquer papel na provisão de serviços sociais. Esta talvez seja a questão mais complexa enfrentada pelo federalismo nacional, inexistindo poucas indicações de que esses governos subnacionais poderão melhorar essas capacidades, justamente pela centralização tributária de arrecadação e excesso de competências internas sem o devido respaldo no tocante ao repasse de recursos.³¹³

Como bem explica Boaventura de Souza Santos, assim que o Estado Liberal assumiu o monopólio da criação e da adjudicação do direito, a tensão entre a regulação e a emancipação social passou a ser mais um objeto de regulação jurídica. Nos termos da distinção entre a emancipação legal e ilegal, só seriam permitidos os objetivos e práticas emancipatórios sancionados pelo Estado e, por sua vez, conformes aos interesses dos grupos sociais que estivessem no poder.

³¹³ SOUZA, Celina. Federalismo, Descentralização e desigualdades regionais no Brasil. In: ENCONTRO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS (ANPOCS), 24., 1998, Caxambu, MG. **GT03: Estrutura social e desigualdade**. Disponível em worldbank.org/etools/docs/.../Souza Redemocratizacao.pdf. Acesso em: 7 jan. 2011.

Em razão disso, estaríamos vivendo uma situação histórica de transição paradigmática em que o paradigma da modernidade encontra-se em processo de declínio, pois o pilar da emancipação em muito foi, na grande maioria dos países, sobrepujado pelo pilar da regulação, fruto de uma convergência padronizada do que representa o paradigma da modernidade e do capitalismo.

Esse predomínio do conhecimento regulação sobre o conhecimento emancipação ocorreu justamente por intermédio da imposição da racionalidade cognitivo-instrumental sobre as outras formas de racionalidade, atendendo-se ao princípio da regulação mercado em detrimento a um projeto de Estado e de sociedade, por isso a emancipação terminou sendo absorvida - e isso é mais sentido nos países em desenvolvimento - pela regulação moderna essencialmente mercadológica, em uma espécie de consenso quanto ao giro do consumo nas sociedades modernas.³¹⁴

Neste contexto, se as duas grandes estratégias para a criação da moderna transformação social - o reformismo jurídico e a revolução – encontram-se em crise, o direito e a regulação estatal avançam, mas, pelo visto, não para a transformação social, enquanto as revoluções pura e simplesmente desapareceram como prática nos países em desenvolvimento, por isso é legítimo questionar se não devemos procurar novas concepções para que a transformação social realize mudanças na *nossa* vida individual e coletiva, em conformidade com as *nossas* necessidades emancipatórias³¹⁵.

A denominada *pluralidade jurídica contra hegemônica* oferece a possibilidade de preservação e de respeito aos elementos históricos multiculturais e multiraciais existentes nas sociedades, sendo que a co-presença política e jurídica dessas diversidades representaria um fator imprescindível para a mitigação do fenômeno da anomia social e da falta de contemplação de direitos e da distribuição das riquezas, se porventura as normas de comportamento realmente emanassem de um Estado representativo dessa parcela da coletividade³¹⁶.

³¹⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, p. 21-46, 2000.

³¹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 65, p. 3-26, 2003.

³¹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 65, p.26, 2003.

Dessa forma, vive-se um período de transição para traçar uma estratégia de atuação anti-sistêmica baseado nos seguintes componentes: a necessidade de um debate constante e aberto sobre a transição e o resultado que se deseja alcançar; a necessidade de atenção para uma ação defensiva a curto prazo; o estabelecimento de objetivos como a da desmercantilização seletiva de bens que não podem ser considerados mercadorias, com a criação de estruturas que operem no mercado voltadas para a prestação de serviços essenciais; bem como a necessidade de traçar as suas metas a longo prazo, visando um mundo mais democrático e igualitário³¹⁷.

Como é sabido, a Federação brasileira resultou de um processo histórico-dissociativo, uma vez que no Brasil imperial o Estado era unitário, o qual terminou abolido, juntamente com a Monarquia e com o Parlamentarismo, a partir do Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889.³¹⁸

A descentralização do poder, ao contrário do Federalismo jurídico meramente ficto, como é o caso do Brasil, cujas leis que versam acerca de assuntos importantes cabem somente e unicamente à União formular e promulgar, entretanto, nunca foi tão atual na sociedade brasileira e tão indispensável como nos dias atuais.

O federalismo é um sistema político em que os Estados unem-se para formar uma organização mais ampla, chamado de União no Brasil. Como todo sistema federalista, os Estados que o integram devem manter a autonomia, sendo um bom exemplo de federalismo os Estados Unidos da América, país em que os Estados confederados agregam-se para formar o sistema central, porém possuem autonomia para definir assuntos de diversas naturezas como, por exemplo, criação de jurisprudências e leis consuetudinárias (em respeito aos costumes sociais do ente confederado), legalização e delimitação do uso de drogas, penas capitais, legalização do aborto, da eutanásia, definição de políticas públicas relevantes, criação e arrecadação de impostos, etc.

No entanto, no Brasil, a autonomia conferida aos Estados resta prejudicada pelo efeito do excesso de centralização política, legislativa e orçamentária, restando pouco aos

³¹⁷ WALLERSTEIN, Immanuel. **Nuevas revueltas contra el sistema**. p. 102-103. Disponível em: <http://www.uruguaypiensa.org.uy/noticia_48_1.html>. Acesso em: 09 dez. 2008.

³¹⁸ Nos termos do artigo 1º do Decreto ficou estabelecido que *Fica proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo da nação brasileira — a Republica Federativa*, e o artigo 2º determina definitivamente o fim do Estado unitário, prevendo que *As Provincias do Brazil, reunidas pelo laço da federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil*.

Estados federados no tocante à participação na elaboração do Direito no plano legislativo e no plano jurisprudencial, pois as competências dos Estados são meramente residuais e delegadas, e jamais poderão ser conflitantes, em função do excesso de centralização das competências, por exemplo, quaisquer leis que versem acerca de Direito Civil, Penal, Processual, Eleitoral, Comercial ou mesmo Tributário são de competência exclusiva da União, sendo que as denominadas Justiças Comuns Estaduais, financiadas pelos Estados-membros, conduzem seus processos única e exclusivamente sob a égide de leis promulgadas pela União³¹⁹.

Como bem salientado por Roger Stiefelmann Leal³²⁰, existe uma tendência do federalismo contemporâneo em admitir cada vez mais a ingerência da Constituição Federal na organização e estruturação dos estados-membros, falando-se hoje em partilha do poder de organização dos Estados, torna-se fundamental a existência de um órgão que exerça o controle da Federação e dê a interpretação definitiva à Constituição Federal, incumbência exercida pelo Supremo Tribunal Federal:

Entretanto, suas decisões têm demonstrado um forte condicionamento centralista. Tal tendência parece, em princípio, ter duas razões: ou há determinadas “manias” herdadas do sistema anterior e sua racionalidade, ou é pura opção política de modo a manter o poder centralizado. Há de se advertir, porém, que o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal é da maior importância para a manutenção dos estados-membros e da federação. A interpretação atualmente conferida ao sistema constitucional pátrio revela um centralismo que resulta indubitavelmente em questões como a proliferação das chamadas normas de reprodução, e o processo de padronização dos textos estaduais. Mas, sobretudo, é a manutenção da integridade nacional que se coloca em jogo, pois a progressiva centralização do federalismo brasileiro poderá dar margem a rupturas devido a descontentamentos regionais, pois é retirado das minorias regionais o poder de resolver seus próprios e peculiares

³¹⁹ Apenas como exemplo, conforme dispõem o artigo 22 da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; desapropriação; requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra; águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; serviço postal; sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais; política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores; comércio exterior e interestadual; diretrizes da política nacional de transportes; regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial; trânsito e transporte; jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia; nacionalidade, cidadania e naturalização; populações indígenas; emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros; organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões; sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais; sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular; sistemas de consórcios e sorteios; normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares; competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais; seguridade social; diretrizes e bases da educação nacional; registros públicos; atividades nucleares de qualquer natureza; defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional; propaganda comercial, etc.

³²⁰ LEAL, Roger Stiefelmann. **A autonomia do estado-membro e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal3.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

interesses. Desse modo, a função exercida pelo Supremo Tribunal Federal mostra-se de capital importância para a manutenção do sistema constitucional vigente.³²¹

Como bem analisado por Gustavo de Paiva Gadelha, a realidade é que o pacto federativo brasileiro tem se tornado, paradoxalmente, o elemento mais frágil de sustentação do Estado brasileiro. Vale dizer, inobstante a tentativa constitucional de harmonizar a atuação dos entes federativos, há uma aparente desconformidade entre o plano meramente teórico e o que se evidencia na realidade, de modo que se poderá sintetizar este descompasso na gradual falência fiscal e social de Estados e Municípios nos conflitos de competência administrativa e legislativa, bem como no crescente aumento da receita da União.³²²

As novas agendas estratégicas, portanto, devem ser orientadas para as demandas por autonomia regional e pela institucionalização de espaços locais que estimulem a inserção e a atuação cívica dos cidadãos, sem prejuízo de um arranjo, ou novo contrato social, em que os Estados racionalmente cedem parte de sua autonomia para obter um bem coletivo de interesse comum, justamente para a manutenção da unidade federada, motivos pelos quais a concessão de maior autonomia legislativa aos Estados brasileiros afigura-se como etapa política imprescindível para o alcance das metas locais emancipatórias, na medida em que se reconhece aqui o potencial emancipatório do direito, inserido em uma forma hegemônica e especial de globalização jurídica, tanto no âmbito interno como externo.

Esse contexto implica na compreensão da necessidade de se operar um direito racionalmente emancipador e legitimado socialmente, de maneira a adequar-se principalmente às reivindicações normativas dos grupos sociais considerados subalternos e de seus movimentos que visam democratizar a sociedade.

³²¹ LEAL, Roger Stiefelmann. **A autonomia do estado-membro e o papel do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal3.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

³²² Assim, neste novo modelo federativo, arraigado no plano cooperacional e de equilíbrio, haveria o fortalecimento do poder central, o qual, por sua vez, cede parcela de sua competência para que os demais entes possam configurar suas próprias leis, constituindo, pois, o surgimento do respeito às diferenças e peculiaridades locais e regionais. *No entanto, o Estado federal brasileiro parece ter mergulhado por caminhos descontraçados: não há mais projeto de nação, pois esse processo parece ser acirrado pela globalização, onda silenciosa e voraz, que tem impingido efeitos mutiladores nos conceitos de nação e soberania*, por isso a extinção paulatina das soberanias nacionais, tanto internas quanto externas, em nome de uma padronização violadora das peculiaridades, do contexto histórico e das identidades regionais. GADELHA, Gustavo de Paiva. **Federalismo brasileiro: da retórica à realidade.** Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream>>. Acesso em: 18 fev. 2011.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parece corrente e incontestável a ideia de que a Ciência Social deve ser concebida como instrumento de investigação indispensável para a derrubada das desigualdades sociais, o que não será possível sem a redefinição do papel do Poder Judiciário, sobretudo nos países periféricos ou considerados semi-periféricos como o Brasil.

A implementação de um Estado fortalecido e comprometido com um novo modelo organizacional depende da aplicação de políticas autênticas, desvincilhadas de um consenso racional padronizado de justificação das práticas públicas pré-concebidas, como forma de universalização da cidadania e de superação da crise interna e global da (ir) racionalidade estatal.

A dominação racional estruturada na crença acerca da legitimidade das ordens e dos comandos estatuídos por indivíduos que estão nomeados para exercer a dominação, sob o ponto de vista social, homenageia o formalismo exagerado e universalista. Esse tipo de dominação, sem maiores apreciações particulares, inserida numa burocracia estatal previamente direcionada para a obediência às ordens emanadas, somente legítimas porque procedimentalmente vigentes em obediência às regras puramente formais.

A contribuição da Sociologia é compreender o Direito como um sistema essencialmente social que trabalha a relação de poder entre os atores sociais no campo direito, ditando a sociedade o direito por aqueles que institucionalmente detêm o poder, mas cuja legitimidade social muitas vezes não referenda a tomada da decisão.

Diante desse quadro, torna-se premente a necessidade de uma virada reflexiva das ações de Estado em suas relações internas e externas, não só pelo crescente ocultamento das singularidades locais das sociedades que sofrem os conseqüências da (ir)racionalidade. O Direito na pós-modernidade carece da emergência de um resgate do consentimento discursivo para a pretensão de validade, pois a validade das regras emanadas pelo Estado depende da legitimidade social. Esta se alicerça na faticidade da aceitação discursiva, mediante uma linguagem orientada pelo entendimento discursivo voltado para novos referenciais éticos de atuação de um Estado verdadeiramente social e de providência.

Essa instrumentalização inautêntica das políticas públicas distancia-se do norte transformador de uma nova realidade visando à formação de Estado referenciado por

mecanismos igualitários. Tradicionalmente, o Estado é concebido como instrumento de manutenção e de contenção aos inovadores referenciais éticos pautados na solidariedade social.

A busca de modelos universais e padronizados para a aplicação das normas jurídicas, nega as singularidades locais sob a ótica social e oculta o relativismo necessário na aplicação da norma. Como predica a Constituição Federal “tratar de forma desigual os desiguais”, a hermenêutica como abertura epistêmica é condição para a compreensão autêntica do direito, pois a prática jurídica não pode ser concebida sem o estabelecimento de empreendimentos futuros por parte do intérprete. É evidente a relevância da concepção do direito como sistema indispensável para a implementação das metas locais de emancipação em uma sociedade institucionalizada por práticas sociais racionalmente dirigidas.

A realidade empírica da fenomenologia social enfrentada pelo investigador encontra-se intimamente ligada às proposições apresentadas na presente pesquisa, pois o enfrentamento das situações de conflito havidas em uma determinada comunidade, em que reclamada intervenção judicial, não pode restringir-se na aplicação de normas cuja legitimidade funda-se tão somente no poder de coerção do Direito. De fato, na hipótese específica do direito brasileiro, o fetiche técnico e retórico da coercitividade constitui o principal obstáculo para sua legitimação social e, conseqüentemente, a causa de seu afastamento científico das demais áreas atreladas às ciências humanas.

É inegável que o direito brasileiro tem frequentemente ou sistematicamente ignorado a complexidade das sociedades multiculturais, convertendo-se em um mecanismo retórico de justificação de controles sociais em favor das elites estabelecidas. Este fenômeno social transforma as práticas jurídicas em um produto objetivo, com uma racionalidade técnica e jurídica própria, figurando a coerção como a garantia da efetividade do Direito. O uso da força no Direito sempre foi “legítimo”, desde que emanada a ordem que a justificou de uma autoridade judiciária competente.

É correto igualmente estabelecer que a busca pela legitimidade do Direito desatrelada da coerção somente seria possível, nos termos propostos pela teoria do discurso de Habermas, quando o Direito, ou o dizer o Direito, por intermédio de seus atores, ou mesmo da legislação em vigor, logrou obter a aceitação racional por parte dos cidadãos destinatários. Este processo histórico e social requer uma espécie de formação discursiva e dialógica da opinião e da

vontade, revestindo este processo em uma espécie de democratização inclusiva da maioria dos atores sociais, criando um consenso democrático discursivo indispensável para a equidade na manutenção social.

Um efetivo Estado Democrático de Direito, conceitualmente, não pode ser entendido como uma institucionalidade que busca a manutenção de uma esfera de poder centralizadora de interesses em base ao direito formatado pelo liberalismo hegemônico, mas, sim, a priorização das garantias constitucionais fundamentais centrados no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Não existem dúvidas que a história contemporânea brasileira é fortemente caracterizada pelo processo de consolidação democrática em todos os segmentos sociais e na maioria das instituições públicas nacionais. Busca-se efetivar os direitos garantidos na Constituição Federal de forma substantiva, por isso, a administração do Poder Judiciário, cada vez mais, muito mais que uma mera carta de intenções, as suas ações adquirem uma concepção política de proteção ao ideal democrático, de efetiva participação para a redução das desigualdades sociais e a democratização do direito.

Evidentemente que em uma democracia representativa, o exercício da cidadania não se esgota na escolha via sufrágio de seus representantes partidários na cena política, dada a notória fragilidade dos mecanismos de controle da ação administrativa no país. Deste modo surgem novos campos de ação, em que o direito não tem como atuar, envolvendo práticas sociais, institucionalizadas ou não, de atuação popular. São justamente essas reclamações, reivindicações e sugestões que incorporam um Estado genuinamente democrático, ou seja, um autêntico Estado Democrático de Direito.

Algumas dessas práticas são garantidas juridicamente e erigidas a verdadeiros direitos constitucionais no Brasil, como por exemplo: o direito de informação junto aos órgãos públicos acerca das informações de interesse particular ou coletivo (artigo 5º, inciso XXXIII, da CF/88), o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (artigo 5º, inciso XXXIV, da CF/88), o direito de ação popular para anular ato lesivo ao patrimônio público (artigo 5º, inciso LXXIII, da CF/88), o mandado de segurança individual e coletivo para a proteção de direitos subjetivos (artigo 5º, incisos LXIX e LXX, da CF/88), o direito ao hábeas data para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa constantes de registros de caráter público (artigo 5º, inciso

LXXII, da CF/88), e o direito de iniciativa popular para projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional (art. 61, § 2º). Todos estes salutares exemplos fundam práticas institucionalizadas para o exercício de uma participação efetiva e direta na vida pública.

No entanto, ainda que existam tais previsões legais, a verdade é que o direito assume sempre um caráter contraditório e de “livre interpretação” quando também prevê juridicamente: o direito de inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da imagem das pessoas, ainda que exercendo atividades públicas (artigo 5º, inciso X, da CF/88), o direito de propriedade (artigo 5º, inciso X, da CF/88) e, muitas vezes, o próprio direito adquirido (artigo 5º, inciso XXXVI, da CF/88). Estes todos direitos são contrapostos, mas igualmente constitucionalmente garantidos, ocasião em que, escolhido o direito ou interesse preponderante no caso em concreto, qualquer decisão estaria revestida de racionalidade jurídica.

Por isso, aguardar somente as tomadas institucionais e mantenedoras de decisões dos tribunais não tem demonstrado grandes progressos quando realizadas sem a concorrência de alguma manifestação ou movimento social como mecanismo de pressão e visibilidade para a obtenção de algum pleito emancipatório. Especialmente, na medida em que a própria “neutralidade” do Poder Judiciário traz consigo a tendência natural de manutenção do *status quo*, ou seja, manter as liberdades positivas dos cidadãos no estágio em que se encontram, muito embora a legislação possa contemplar algo especialmente diverso.

Para a configuração de um efetivo Estado Democrático e Social de Direito é imprescindível, não só o controle administrativo, interno ou baseado na tripartição dos poderes, em relação aos atos praticados pelos detentores do poder, mas, igualmente, um efetivo controle social mediante o monitoramento contínuo das ações de Estado que não representem uma racionalidade social, ou seja, uma ação que vise ao cumprimento de emancipações e não propriamente de regulações.

No caso do Brasil, essas metas encontram-se juridicamente previstas no artigo 3º da Constituição Federal, o qual estabelece quatro claros objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam, construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades

sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Na medida em que o cidadão exigir o respeito a essas garantias e o cumprimento dessa missão jurídica, atinge a própria questão da discriminação social no acesso à justiça, a qual reflete um fenômeno social complexo que envolve fortes condicionantes culturais e econômicos. Este fato discricionário termina por dificultar a socialização da equidade em decorrência da interiorização de seus valores jurídicos dominantes, além do excesso de especialização da retórica por parte de seus operadores para a maioria das pessoas envolvidas, ou mesmo interessadas, em alguma questão judicial.

A descrença na mudança deste cenário e a falta de credibilidade do Poder Judiciário como instrumento essencial para a realização da justiça social no país são circunstâncias que propiciam o surgimento dos movimentos sociais reivindicatórios voltados a pleitos especialmente dirigidos ao Poder Judiciário, como ocorreu com o mencionado lançamento do Tribunal Popular do Judiciário, como forma de denunciar a postura e a matriz ideologicamente conservadora da maioria dos magistrados brasileiros.

É uma proposta certamente inovadora que cria novos mecanismos de controle social do Estado, buscando a construção de um conceito material de democracia, bem como a garantia do exercício das liberdades políticas, mediante o oferecimento da alternativa de acompanhamento das entidades sociais sobre as decisões e as ações tomadas pelos membros do Poder Judiciário não eleitos para a prestação jurisdicional.

A efetiva democratização da administração da justiça consiste em demonstrar empiricamente a capacidade de internalização das questões sociais a serem enfrentadas estrategicamente pelos seus membros, incluindo outros atores que igualmente operam diretamente com o sistema judicial demandando um movimento inverso às desigualdades vigentes. Este fato faz *jus* na medida em que o déficit democrático do Poder Judiciário com a sociedade inicia-se com a escolha de seus membros, na formação e nos processos iniciais de seleção dos magistrados, por si mesmos desvestidos da exigência sobre conhecimentos pertinentes de interpretação dos fenômenos da economia, ou ciências políticas, considerando-se o mundo jurídico como uma dimensão apartada das demais ciências.

Por outro lado, se a presente investigação parte da premissa, como já salientado, de que realmente todo conhecimento é de interesse social e destinado ao social, ainda que visto

sob uma perspectiva individual, a ciência não deixa de ser uma prática social, na medida em que o conhecimento científico é realizado por um esforço social complexo. De forma similar o distanciamento e a carência do sentido da equidade social na aplicação das normas gerais e universais de comportamento representadas pelas leis promulgadas pelo Estado para os diferentes campos da realidade social têm sido um dos pontos mais problemáticos da crise jurídica e social do país.

O discurso jurídico dogmatizado, convenientemente reprodutivo e reducionista, lida com métodos unívocos de aplicação das normas e obscurece as singularidades. A ausência de uma compreensão “localista” do Estado, ou de uma sociedade unida por singularidades culturais e de identidade, acentua o abismo social que impera na sociedade brasileira, posto que regrada por intermédio da instrumentalização, muitas vezes, inautêntica do direito.

A busca pela legitimidade social num determinado contexto de tempo e de espaço, deveria ser uma preocupação constante para aqueles que assumem uma conduta reflexiva ou mesmo revisionista da legitimidade do Direito. Em uma sociedade desigual e culturalmente heterogênea no grande espaço continental brasileiro, o exercício do poder pressupõe a necessidade do conhecimento acerca da existência de uma troca desigual entre a coletividade, supostamente representada pelos comandos normativos gerais e abstratos.

Os novos rumos da sociedade *mundializada* estão alicerçados na concepção metafísica de uma aparente padronização de interesses em um contexto internacional de realidades estatais completamente díspares. A suposta universalidade e a inevitabilidade dessa nova *gestão mundial*, inspirada no paradigma jusnaturalista, constituem contundentes óbices à priorização das metas e dos interesses genuinamente locais. Especialmente, se considerarmos que o federalismo brasileiro é fortemente caracterizado pelo excesso de centralização política, legislativa e orçamentária em poder da União. Assim, parece restar pouco aos Estados federados no tocante à participação na elaboração do Direito no plano legislativo e no plano jurisprudencial, pois as competências dos Estados são meramente residuais e delegadas.

O aprofundamento deste estudo, como já mencionado alhures, perpassa pela análise das teorias sociais, pois parece assente o entendimento de que o estudo do direito, sobretudo no Brasil, ainda que considerada como uma verdadeira ciência, atualmente sofre de pertinência para fornecer de maneira inovadora as respostas para este complexo jogo de

relações sociais. Do ponto de vista das Ciências Sociais, o Direito, efetivamente, nada mais é do que um sistema desejavelmente aberto, considerado justificável num determinado grupo social, e que deveria contribuir para a prevenção de litígios, por intermédio de um discurso argumentativo e articulado, dotado não apenas de legitimidade procedimental, mas, sobretudo de legitimidade e identidade social.

O complexo quadro de negação e desconsideração das minorias culturalmente periféricas patrocinado pela sociedade globalizada, liberal, individualista e consumista, oculta e impede a formação das realidades emergentes, genuinamente racionais. Esperar soluções efetivas advindas de um direito supostamente universalista para a implementação das metas locais, significa compreender somente parcialmente o contexto mundial no qual se encontra inserido o país e de seu processo de formação histórica com uma longa trajetória de desigualdades persistentes.

Portanto as novas agendas estratégicas devem ser orientadas por demandas atinentes a estabelecer maior autonomia regional e institucionalizar espaços locais de participação e controle social que estimulem a inserção e a atuação comunitária de seus atores. Isto sem prejuízo de um arranjo contemporâneo, ou novo contrato social, em que os Estados racionalmente cedem parte de sua autonomia para obter um bem coletivo de interesse realmente comum, justamente para a manutenção da unidade política, daí porque a concessão de maior autonomia legislativa aos Estados brasileiros afigura-se como etapa política imprescindível para o alcance das metas locais emancipatórias.

Neste aspecto, como preconizado por Aloísio Ruscheinsky, a ação social e a ação política, as práticas cotidianas, os novos atores, a dimensão cultural, a identidade, a autonomia e os seus opositores são pontos fundamentais no estudo dos movimentos sociais. Ressurge uma espécie de retorno ao sujeito (viés hermenêutico para o direito) ou ao discernimento e reflexividade do ator social na análise de suas ações, ou seja, na própria produção da sociedade. Deste modo vale reprimir que *quanto menos abrangentes, locais ou de base, mais tendem a definir-se culturalmente, atuar na defesa comunitária, afirmar a sua identidade e, portanto, menos tendem a apresentar demandas que atuem sobre o sistema político e a requerer representação política que flui sobre a institucionalidade.*

As novas atuações estratégicas, portanto, devem direcionar-se para as demandas genuínas pautadas para uma maior autonomia regional, vale dizer dos Estados-membros

(legislativa, judiciária e política), e pela institucionalização de espaços públicos como um processo indispensável para o aparecer das singularidades locais e a tomada de soluções políticas racionais. Partindo-se da compreensão weberiana que Estado racional é o modelo de Estado produzido historicamente no mundo ocidental, perfeitamente adequado para abarcar o capitalismo moderno, pautado sob um liberalismo especializado. Sob um direito racional representa o grupo de dominação institucional com o monopólio da violência legítima para o exercício do domínio efetivo dentro de um determinado espaço territorial, como já havia preconizado Hans Kelsen acerca de sua Teoria Pura do Direito.

Na realidade, ainda preexiste no imaginário de muitos operadores do direito de que o sentido da lei ou o sentido derivado de entendimentos jurisprudenciais sedimentados seriam unívocos, como se dispuséssemos de uma simples relação matemática de causa e de efeito, do certo ou do errado simplesmente. E é justamente essa busca histórica do direito por uma autonomia (científica) absoluta em relação às demais ciências que o distanciou das investigações acerca dos fenômenos sociais patrocinados pela , na medida em que as práticas judiciárias não podem ser concebidas sem o estabelecimento claro e objetivo de empreendimentos futuros por parte do intérprete.

Nesse contexto que a assunção de uma percepção reflexiva fundada na interpretação teórico-metodológica da lei, como antes referido, representa o mais consciente e consistente modelo de racionalidade e fornece o instrumental epistemológico para a desconstrução da apologia e da metafísica vigente. Este nutriente por certo possibilitará o acontecer do direito em seu sentido autenticamente transformador da realidade social profundamente demarcada pelas desigualdades, mediante o estabelecimento das metas emancipatórias eleitas em um determinado espaço social.

Como já alertava Bourdieu, as vias de comunicação racional patrocinadas pelo Estado encontram aquiescência histórica, de um modo geral, nas estruturas sociais. No movimento da história o sistema tende a mobilizar cada vez mais recursos e justificações tecnicamente aprimoradas e aparentemente racionais para dominar, ao mesmo tempo em que se movem os desejos inovadores. Deste modo *os dominados deverão se servir ainda mais da razão para se defender contra formas crescentemente racionalizadas de “dominação”*, sendo que justamente desse confronto entre a racionalização do Estado por intermédio da emanção de normas estáveis e universais, dotadas de uma aparente *neutralidade racional*, e a cidadania, emerge o papel das Ciências Sociais contra a dominação do Estado racional.

O novo ordenamento jurídico, portanto, possui a tarefa institucional de manter, por meio da coerção, as aspirações que se contrapõem aos interesses de grupos dirigentes, ou seja, daqueles que *dizem o direito*. Isto está posto na medida em que as práticas jurídicas têm ignorado a complexidade das sociedades multiculturais, colocando-se, muitas vezes, como mecanismo de justificação de controles sociais em favor das elites que assumiram o controle político do poder.

A crise do direito nacional merece uma assunção crítica acerca da inserção do Direito no campo da racionalidade técnica e metodológica, pois a autêntica compreensão da fenomenologia jurídica no plano interno e internacional afigura-se primordial para a formação de uma nova jurídica baseada na relação do intérprete com o mundo o qual se encontra inserido.

Diante deste quadro, a autonomia normativa descentralizada é condição necessária para a contemplação dos conhecimentos ausentes que não se inserem na universalização de um consenso discursivo muitas vezes fictício e distante das peculiaridades regionais. No tocante ao seu contexto histórico, cultural e político da sociedade destinatária dos comandos normativos, em razão disso, a denominada *pluralidade jurídica contra-hegemônica* oferece a possibilidade de preservação e respeito aos elementos históricos multiculturais e multiraciais existentes em uma sociedade desigual como a brasileira. A co-presença dessas diversidades representaria uma diminuição da anomia social, em razão da falta de contemplação de direitos e da distribuição das riquezas, se porventura as normas de comportamento realmente emanassem de um Estado representativo dessas coletividades.

Com isso, a adoção das denominadas *medidas anti-sistêmicas* não representa mais atitudes revolucionárias, como ocorreu com os movimentos nacionais em um passado não muito distante no Brasil e nos demais países latino-americanos, mas, sim, devem prevalecer medidas estratégicas bem delimitadas de atuação no plano político e no plano cultural dos novos atores sociais visando conferir uma maior legitimidade social do direito, ou seja, democratizá-lo.

A necessidade de se manter um arranjo comunicativo mais local, em atendimento às nossas idiossincrasias regionais, em respeito aos aspectos culturais, históricos e, principalmente, às carências específicas de cada região, é condição necessária para se manter

a unidade e fomentar a ação cívica da coletividade destinatária das normas emanadas pelo direito.

REFERÊNCIAS

- ALVAREZ, Oscar Hernández. **O pacto social na América Latina**. São Paulo: LTr, 1995.
- ARNAUD, André-Jean. Da regulação pelo direito na era da globalização. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). **Anuário: direito e globalização**, n.1 - a soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- AROCA, Juan Montero. **Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- BAZELAIRE, Jean Paul; CRETIN, Thierry. **A Justiça Penal Internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia**. Traduzido por Luciana Pinto Venâncio. São Paulo: Manole, 2004. Tradução de La Justice Pénale Internationale.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Traduzido por Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.
- BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política**. São Paulo: Unesp, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BORNHEIM, Gerd A. (Org.). **Os filósofos Pré-Socráticos**. São Paulo: Cultrix, 2000.
- BOUDON, Raymond; BOURRICAUD, François. **Dicionário crítico de** . São Paulo: Ática, 2004.
- BOURDIEU, Pierre. **Meditações pascalianas**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998a.

- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998b.
- BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas: sobre a teoria da ação**. Campinas: Papyrus, 1996.
- BURDEAU, Georges. **O liberalismo**. Traduzido por João Ferreira. São Paulo: Europa-América, 1979.
- BURDEAU, Georges. **Proceso, ideologias, sociedad**. Buenos Aires: Eds Jurídicas Europa-America, 1974.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: SAFE, 1992. Tradução de Giudici Legislatori?
- CARVALHO, Amílton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CARVALHO, Hernandez, Matheus de. **Boaventura de Sousa Santos e o direito pós-moderno: uma tentativa de: <compreensão de seu des-pensamento**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventuramateus.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2011.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias: uma leitura de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CHALMERS, Alan. **O que é ciência ?** São Paulo: Brasiliense, 2000.
- CHÂTELET, François. **Uma história da razão: entrevistas com Émile Noël**. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.
- CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; KOUCHNER, Évelyne Pisier. **História das idéias políticas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.
- CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2002.
- CHOMSKY, Noam. **Novas e velhas ordens mundiais**. Traduzido por Paulo Roberto Coutinha. São Paulo: Scitta, 1996. Tradução de World orders old and new.
- CORBISIER, Roland. **Enciclopédia filosófica**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. **A descolonialidade e interculturalidade epistemológica dos saberes político-jurídicos: uma análise a partir do pensamento descolonial**. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitos_culturais/article/viewFile/24/18>. Acesso em: 19 fev. 2011.

- DELGADO, Isabel Lirola; MARTÍNEZ, Magdalena Martín. **La Corte Penal Internacional**. Barcelona: Ariel, 2001.
- DESCARTES, René. **Discurso do método**. Traduzido por Elza Moreira Marcelina. Brasília: UNB, 1998. Tradução de Discours de la méthode.
- DREIFUSS, René Armand. **A época das perplexidades. mundialização, globalização e planetarização**: Novos Desafios. Petrópolis: Vozes, 1996.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2001.
- FERNANDES, Florestan. **Elementos de sociologia teórica**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1970.
- FERNANDES, Florestan. **Fundamentos empíricos da explicação sociológica**. São Paulo: T.A. Queiroz, 1980.
- FERNANDEZ, Atahualpa. **Direito, evolução, racionalidade e discurso jurídico**: a “realização do direito” sob a perspectiva das dinâmicas evolucionárias. Porto Alegre: Sulina, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1995.
- FERREIRA, Luiz Pinto. In: BELAUNDE, Domingo Farcía; SEGADO, Francisco Fernández (Coord.). **Os instrumentos processuais protetores dos direitos humanos no Brasil**: la jurisdicción constitucional em Iberoamérica. Madri: Dykinson, 1997.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 2001.
- FOUREZ, Gérard. **A construção das ciências**. São Paulo: UNESP, 1995.
- GADAMER, Hans-Georg Gadamer. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GADELHA, Gustavo de Paiva. **Federalismo brasileiro**: da retórica à realidade. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream>>. Acesso em: 18 fev. 2011.
- GIDDENS, Anthony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: Ed. da UNESP, 1991.
- GIDDENS, Anthony. **Política, e teoria social**: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo. São Paulo: Ed. da UNESP, 1997.
- GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo acusatório**. São Paulo: Forense Universitária, 1999.
- GUARESCHI, Pedrinho A. Pressupostos metafísicos e epistemológicos na pesquisa. **Revista Psicologia: Reflexão e Crítica**, Porto Alegre, v. 16, n. 2, p. 245-255, 2003.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1993.
- HAARSCHER, Guy. **Filosofia dos direitos do homem**. Lisboa: Piaget, 1993.
- HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação do capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre validade e faticidade**. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e moral**. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.
- HEIDEGGER, Martin. **Heráclito**. Traduzido por Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1998.
- HEIDEGGER, Martin. **Que é metafísica?** Traduzido por Ernildo Stein. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1969.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo: parte I**. Traduzido por Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002.
- HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- HONNETH, Axel. **Teoria crítica**. In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan (Org.). **Teoria social hoje**. São Paulo: Ed. da Unesp, 1999.
- IANNI, Octávio. **A crise de paradigmas na : problemas de explicação**. 2009. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_13/rbcs_13_05.htm>. Acesso em: 13 abr. 2009.
- IANNI, Octavio. As ciências sociais na época da globalização. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 13, n. 37, p. 33-41, jun. 1998.
- IANNI, Octavio. O príncipe eletrônico. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 21, 1998, Caxambú. **GT 19 - teoria social**. Disponível em: <<http://mail.view=att&th=11ce146ef89edb2e&attid=0.3&disp=attd&>>. Acesso em: 10 dez. 2008.
- KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. São Paulo: Ícone, 1993.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Traduzido por Ivone Castilhos Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo. Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. Abordagens ao aprendizado político (e globalização na América Latina). **Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas**, n. 37, 2002. (Série especial),

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Traduzido por João Babbista Machado. São Paulo. Martins Fontes, 1998.

KERBAUY, Maria Teresa Miceli. Federalismo, descentralização e democracia. **Estudos de Sociologia**, [S.l.], v. 6, n. 10, 2001.

KRISCHKE, Paulo. Abordagens ao aprendizado político (e globalização na América Latina). **Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas**, Florianópolis, n. 37, p. 4, 2002. (Série especial 1).

KRISCHKE, Paulo. **Aprendendo a democracia na América Latina: atores sociais e mudança cultural**. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LAFER, Celso. **Desafios: ética e política**. São Paulo: Siciliano, 1995.

LAVALLE, Adrián Gurza. **Sem pena nem glória: o debate sobre a sociedade civil nos anos 1990**. Disponível em: <www.cebrap.org.br/imagens/Arquivos/SemPenaNemGloriaNovosEstudos.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2009.

LEAL, Roger Stiefelmann. **A autonomia do estado-membro e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal3.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LUHMANN, Niklas. **A nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Editora da Universidade, 1997.

LUHMANN, Niklas. **do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACEDO, Silvio de. **História do pensamento jurídico**. Porto Alegre: SAFE, 1997.

MAGNOLI, Demétrio. **O mundo contemporâneo: relações internacionais**. São Paulo: Moderna, 1996.

MAIA, Marrielle. **Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MALATESTA, Nicola F. **A lógica das provas em matéria criminal**. Traduzido por Paolo Capitanio. Brasil: Bookseller, 1996.

MANNHEIM, Karl. . São Paulo: Ática, 1982.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: **O que é Tribunal Penal Internacional**. Brasília: Gráfica Oficial, 2000. Cartilha organizada pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional**: uma introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Celso de Albuquerque. A soberania através da história. In: _____ (Coord.). **Anuário**: direito e globalização, n. 1 - A Soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MELLO, Marcelo Pereira de. Sociologias do direito: do direito: historicismo, subjetivismo e teoria sistêmica. **Revista de e Política**, Curitiba, v. 16, n. 25, p. 151-165, jun. 2005.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. Traduzido por Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

MIGNOLO, Walter D. Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política. **Cadernos de Letras da UFF - Dossiê**: Literatura, língua e identidade, Rio de Janeiro, n. 34, p. 287-324, 2008.

MIRANDA, Jorge. **A incorporação ao direito interno de instrumentos jurídicos de direito internacional humanitário e direito internacional dos direitos humanos**. Texto baseado nas notas taquigráficas da conferências proferida no seminário “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br>>. Acesso em: 14 maio 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Revisitando o Estado! da crise conceitual à crise institucional (constitucional). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**: mestrado e doutorado, São Leopoldo, 2000.

MORIN, Edgar. **Para sair do século XX**. Traduzido por Vera Azambuja Harvey. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. Tradução de Pulo Neves. Porto Alegre: Sulina, 2002.

MORRIS, Clarence. **Os grandes filósofos do direito**. Traduzido por Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NICOLÁS, Juan Antonio; FRÁPOLLI, María José. **Teorías de la verdad en el siglo XX**. Tradução de N. Smilg, J. Rodríguez, Maía J. Frápolli e Juan. A. Nicolás. Madri: Editorial Tecnos, 1997.

- PAIVA, Raquel. **O espírito comum**: comunidade, mídia e globalismo. Petrópolis: Vozes, 1998.
- PASTORINI, Alejandra. Quem mexe os fios das políticas sociais? avanços e limites da categoria concessão-conquista. **Serviço Social e Sociedade**, São Paulo, v. 1, n. 53, 1997.
- PERISSINOTTO, Renato M.; MEDEIROS, Pedro Leonardo; WOWK, Rafael T. Valores, socialização e comportamento: sugestões para uma da elite judiciária. **Revista de e Política**, Curitiba, v. 16, n. 30, p. 151-165 jun. 2008.
- PIERUCCI, Antônio Flávio. Secularização em Max Weber: da contemporânea serventia de voltarmos a acessar aquele velho sentido. **Revista de e Política**, São Paulo, v. 13, n. 37, jun. 2008.
- PUREZA, José Manuel. Solidariedade internacional e direitos dos trabalhadores. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.
- QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade, poder, globalização e democracia**. Disponível em: <<http://www.educacao.pr.gov.br/arquivos/File02pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2010.
- QUIJANO, Aníbal. Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina. **Revista de Estudos Avançados da USP**, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 9-23, 2005.
- QUIJANO, Aníbal. El fantasma del desarrollo en América Latina. **Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales**, Caracas, v. 6, n. 02, p. 73-90, mayo/ago. 2000.
- RAMOS, André de Carvalho. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Traduzido por Luís Couceiro Feio. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.
- ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997.
- ROCHA, Leonel Severo. Direito, cultura política e democracia I. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2000.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- RUSCHEINSKY, Aloísio. **Metamorfoses da cidadania**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2000.
- SABADELL, Ana Lucia; DIMOLIUS, Dimitri. Tribunal Penal Internacional e direitos fundamentais: problemas de constitucionalidade. **Cadernos de Direito do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba**, Piracicaba, v. 3, n. 5, p. 244, 2003.

- SANTILLÁN, José Fernández (Org.). **Norberto Bobbio: el filósofo y la política.** Traduzido por José Fernández Santillán e Ariella Aureli. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 65, p. 3-26, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **A globalização e as ciências sociais.** São Paulo: Cortez, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** São Paulo: Cortez, 2000.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** São Paulo: Cortez, 1999.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo: In: HELLER, A. et al. **A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI.** Rio de Janeiro: Contraponto, 1999. p. 33-75.
- SARMENTO, Daniel. **Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional.** In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). **Anuário: direito e globalização**, n.1 - a soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- SCHMITT, Carl. **O conceito do político.** Petrópolis: Vozes, 1992.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico.** São Paulo: Cortez Editora, 2009.
- SHIRAIISHI NETO, Joaquim. O campo jurídico em Pierre Bourdieu: a produção de uma verdade a partir da noção de propriedade privada nos manuais de Direito. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 56, p. 83-100, jun. 2008.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- SINGER, Peter. **Ética prática.** Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SOLON, Ari Marcelo. **Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão.** Porto Alegre: Fabris, 1997.
- SOUZA, Celina. Federalismo, Descentralização e desigualdades regionais no Brasil. In: Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais (ANPOCS), 24., 1998, Caxambu, MG, **GT03: Estrutura social e desigualdade.** Disponível em worldbank.org/etools/docs/.../Souza Redemocratizacao.pdf. Acessa em: 7 jan. 2011.
- SOUZA, Jessé. **A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro.** Brasília: Universidade de Brasília, 2000.
- STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri**: símbolos & rituais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TELLES, Vera da Silva. **Direitos sociais**: afinal do que se trata? Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 15 dez. 2002.

TELLES, Vera da Silva. **Direitos sociais: afinal do que se trata?** Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo. Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 15 dez 2002.

THEODORO JR., Humberto. **Direito e processo**: direito processual civil ao vivo. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. Traduzido por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de De la démocratie en Amérique.

TOUCHARD, Jean. **Historia de las ideas políticas**. Traduzido por Juan Pradera. México: Rei México, 1994. Tradução de Histoire des idées politiques.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1997. v. 1.

VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Traduzido por João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

VIEIRA, List. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 1998.

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: Unesp, 2000.

WALLERSTEIN, Immanuel. **Nuevas revueltas contra el sistema**. Disponível em: <http://www.uruguaypiensa.org.uy/noticia_48_1.html>. Acesso em: 09 dez. 2008.

WALLERSTEIN, Immanuel. Retos para la universidad en el siglo XXI. **Investigaciones Sociales**, Lima, n. 13, p. 163-175, 2004.

WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. São Paulo: Cultrix, 2004.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Traduzido por Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. v. 2. Tradução de Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der Verstehenden Soziologie.

WELTER, Belmiro Pedro. O sistema epistemológico de Hans Kelsen. **Revista do Ministério Público**, [S.l.], n. 45, p. 32, 2001.

WOLFF, Francis. Nascimento da Razão, Origem da Crise. In: NOVAES, Adauto (Org.). **A Crise da Razão**. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1999.

WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Escritos de direito e processo penal**: em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

ANEXO A - CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

PREÂMBULO

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

E PARA TAIS FINS, praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos.

RESOLVEMOS CONJUGAR NOSSOS ESFORÇOS PARA A CONSECUÇÃO DESSES OBJETIVOS. Em vista disso, nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas.

CAPÍTULO I

PROPÓSITOS E PRINCÍPIOS

Artigo 1

Os propósitos das Nações Unidas são:

1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz;
2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;
3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e
4. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns.

Artigo 2

A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios:

1. A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros.
2. Todos os Membros, a fim de assegurarem para todos em geral os direitos e vantagens resultantes de sua qualidade de Membros, deverão cumprir de boa fé as obrigações por eles assumidas de acordo com a presente Carta.
3. Todos os Membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais.
4. Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.
5. Todos os Membros darão às Nações toda assistência em qualquer ação a que elas recorrerem de acordo com a presente Carta e se absterão de dar auxílio a qual Estado contra o qual as Nações Unidas agirem de modo preventivo ou coercitivo.
6. A Organização fará com que os Estados que não são Membros das Nações Unidas ajam de acordo com esses Princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais.
7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII.

ANEXO B - DECRETO Nº 4.388, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002

Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição,

Considerando que o Congresso Nacional aprovou o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002;

Considerando que o mencionado Ato Internacional entrou em vigor internacional em 1º de julho de 2002, e passou a vigorar, para o Brasil, em 1º de setembro de 2002, nos termos de seu art. 126;

DECRETA:

Art. 1º O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, apenso por cópia ao presente Decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.

Art. 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão do referido Acordo, assim como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 25 de setembro de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Luiz Augusto Soint-Brisson de Araujo Castro

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 26.9.2002

ANEXO C - ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

PREÂMBULO

Os Estados Partes no presente Estatuto.

Conscientes de que todos os povos estão unidos por laços comuns e de que suas culturas foram construídas sobre uma herança que partilham, e preocupados com o fato deste delicado mosaico poder vir a quebrar-se a qualquer instante,

Tendo presente que, no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade, Reconhecendo que crimes de uma tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade,

Afirmando que os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional,

Decididos a por fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes,

Relembrando que é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais,

Reafirmando os Objetivos e Princípios consignados na Carta das Nações Unidas e, em particular, que todos os Estados se devem abster de recorrer à ameaça ou ao uso da força, contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou de atuar por qualquer outra forma incompatível com os Objetivos das Nações Unidas,

Salientando, a este propósito, que nada no presente Estatuto deverá ser entendido como autorizando qualquer Estado Parte a intervir em um conflito armado ou nos assuntos internos de qualquer Estado,

Determinados em perseguir este objetivo e no interesse das gerações presentes e vindouras, a criar um Tribunal Penal Internacional com caráter permanente e independente, no âmbito do sistema das Nações Unidas, e com jurisdição sobre os crimes de maior gravidade que afetem a comunidade internacional no seu conjunto,

Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições penais nacionais,

Decididos a garantir o respeito duradouro pela efetivação da justiça internacional,

Convieram no seguinte:

Capítulo I

Criação do Tribunal

Artigo 1º

O Tribunal

É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional ("o Tribunal"). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto.

Artigo 2º

Relação do Tribunal com as Nações Unidas

A relação entre o Tribunal e as Nações Unidas será estabelecida através de um acordo a ser aprovado pela Assembleia dos Estados Partes no presente Estatuto e, em seguida, concluído pelo Presidente do Tribunal em nome deste.

Artigo 3º

Sede do Tribunal

1. A sede do Tribunal será na Haia, Países Baixos ("o Estado anfitrião").

2. O Tribunal estabelecerá um acordo de sede com o Estado anfitrião, a ser aprovado pela Assembleia dos Estados Partes e em seguida concluído pelo Presidente do Tribunal em nome deste.

3. Sempre que entender conveniente, o Tribunal poderá funcionar em outro local, nos termos do presente Estatuto.

Artigo 4º

Regime Jurídico e Poderes do Tribunal

1. O Tribunal terá personalidade jurídica internacional. Possuirá, igualmente, a capacidade jurídica necessária ao desempenho das suas funções e à prossecução dos seus objetivos.

2. O Tribunal poderá exercer os seus poderes e funções nos termos do presente Estatuto, no território de qualquer Estado Parte e, por acordo especial, no território de qualquer outro Estado.

Capítulo II

Competência, Admissibilidade e Direito Aplicável

Artigo 5º

Crimes da Competência do Tribunal

1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

- a) O crime de genocídio;
- b) Crimes contra a humanidade;
- c) Crimes de guerra;
- d) O crime de agressão.

2. O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.

(...)

Artigo 17

Questões Relativas à Admissibilidade

1. Tendo em consideração o décimo parágrafo do preâmbulo e o artigo 1º, o Tribunal decidirá sobre a não admissibilidade de um caso se:

- a) O caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer;
- b) O caso tiver sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do fato de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para o fazer;
- c) A pessoa em causa já tiver sido julgada pela conduta a que se refere a denúncia, e não puder ser julgada pelo Tribunal em virtude do disposto no parágrafo 3º do artigo 20;
- d) O caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal.

2. A fim de determinar se há ou não vontade de agir num determinado caso, o Tribunal, tendo em consideração as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, verificará a existência de uma ou mais das seguintes circunstâncias:

- a) O processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no Estado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, nos termos do disposto no artigo 5º;
- b) Ter havido demora injustificada no processamento, a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça;
- c) O processo não ter sido ou não estar sendo conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar sendo conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de levar a pessoa em causa perante a justiça;

3. A fim de determinar se há incapacidade de agir num determinado caso, o Tribunal verificará se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade desta, não estará em condições de fazer comparecer o acusado, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários ou não estará, por outros motivos, em condições de concluir o processo.

Artigo 18

Decisões Preliminares sobre Admissibilidade

1. Se uma situação for denunciada ao Tribunal nos termos do artigo 13, parágrafo *a*), e o Procurador determinar que existem fundamentos para abrir um inquérito ou der início a um inquérito de acordo com os artigos 13, parágrafo *c*) e 15, deverá notificar todos os Estados Partes e os Estados que, de acordo com a informação disponível, teriam jurisdição sobre esses crimes. O Procurador poderá proceder à notificação a título confidencial e, sempre que o considere necessário com vista a proteger pessoas, impedir a destruição de provas ou a fuga de pessoas, poderá limitar o âmbito da informação a transmitir aos Estados.

2. No prazo de um mês após a recepção da referida notificação, qualquer Estado poderá informar o Tribunal de que está procedendo, ou já procedeu, a um inquérito sobre nacionais seus ou outras pessoas sob a sua jurisdição, por atos que possam constituir crimes a que se refere o artigo 5º e digam respeito à informação constante na respectiva notificação. A pedido desse Estado, o Procurador transferirá para ele o inquérito sobre essas pessoas, a menos que, a pedido do Procurador, o Juízo de Instrução decida autorizar o inquérito.

3. A transferência do inquérito poderá ser reexaminada pelo Procurador seis meses após a data em que tiver sido decidida ou, a todo o momento, quando tenha ocorrido uma alteração significativa de circunstâncias, decorrente da falta de vontade ou da incapacidade efetiva do Estado de levar a cabo o inquérito.

4. O Estado interessado ou o Procurador poderão interpor recurso para o Juízo de Recursos da decisão proferida por um Juízo de Instrução, tal como previsto no artigo 82. Este recurso poderá seguir uma forma sumária.

5. Se o Procurador transferir o inquérito, nos termos do parágrafo 2º, poderá solicitar ao Estado interessado que o informe periodicamente do andamento do mesmo e de qualquer outro procedimento subsequente. Os Estados Partes responderão a estes pedidos sem atrasos injustificados.

6. O Procurador poderá, enquanto aguardar uma decisão a proferir no Juízo de Instrução, ou a todo o momento se tiver transferido o inquérito nos termos do presente artigo, solicitar ao tribunal de instrução, a título excepcional, que o autorize a efetuar as investigações que considere necessárias para preservar elementos de prova, quando exista uma oportunidade única de obter provas relevantes ou um risco significativo de que essas provas possam não estar disponíveis numa fase ulterior.

7. O Estado que tenha recorrido de uma decisão do Juízo de Instrução nos termos do presente artigo poderá impugnar a admissibilidade de um caso nos termos do artigo 19, invocando fatos novos relevantes ou uma alteração significativa de circunstâncias.

(...)

Artigo 21

Direito Aplicável

1. O Tribunal aplicará:

a) Em primeiro lugar, o presente Estatuto, os Elementos Constitutivos do Crime e o Regulamento Processual;

b) Em segundo lugar, se for o caso, os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados;

c) Na falta destes, os princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime, sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional, nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos.

2. O Tribunal poderá aplicar princípios e normas de direito tal como já tenham sido por si interpretados em decisões anteriores.

3. A aplicação e interpretação do direito, nos termos do presente artigo, deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem discriminação alguma baseada em motivos tais como o gênero, definido no parágrafo 3º do artigo 7º, a idade, a raça, a cor, a religião ou o credo, a opinião política ou outra, a origem nacional, étnica ou social, a situação econômica, o nascimento ou outra condição.

(...)

Artigo 124

Disposição Transitória

Não obstante o disposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 12, um Estado que se torne Parte no presente Estatuto, poderá declarar que, durante um período de sete anos a contar da data da entrada em vigor do Estatuto no seu território, não aceitará a competência do Tribunal relativamente à categoria de crimes referidos no artigo 8º, quando haja indícios de que um crime tenha sido praticado por nacionais seus ou no seu território. A declaração formulada ao abrigo deste artigo poderá ser retirada a qualquer momento. O disposto neste artigo será reexaminado na Conferência de Revisão a convocar em conformidade com o parágrafo 1º do artigo 123.

Artigo 125

Assinatura, Ratificação, Aceitação, Aprovação ou Adesão

1. O presente Estatuto estará aberto à assinatura de todos os Estados na sede da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura, em Roma, a 17 de Julho de 1998, continuando aberto à assinatura no Ministério dos Negócios Estrangeiros de Itália, em Roma, até 17 de Outubro de 1998. Após esta data, o Estatuto continuará aberto na sede da Organização das Nações Unidas, em Nova Iorque, até 31 de Dezembro de 2000.

2. O presente Estatuto ficará sujeito a ratificação, aceitação ou aprovação dos Estados signatários. Os instrumentos de ratificação, aceitação ou aprovação serão depositados junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

3. O presente Estatuto ficará aberto à adesão de qualquer Estado. Os instrumentos de adesão serão depositados junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

Artigo 126

Entrada em Vigor

1. O presente Estatuto entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

2. Em relação ao Estado que ratifique, aceite ou aprove o Estatuto ,ou a ele adira após o depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão, o Estatuto entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do respectivo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão.

Artigo 127

Retirada

1. Qualquer Estado Parte poderá, mediante notificação escrita e dirigida ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, retirar-se do presente Estatuto. A retirada produzirá efeitos um ano após a data de recepção da notificação, salvo se esta indicar uma data ulterior.

2. A retirada não isentará o Estado das obrigações que lhe incumbem em virtude do presente Estatuto enquanto Parte do mesmo, incluindo as obrigações financeiras que tiver assumido, não afetando também a cooperação com o Tribunal no âmbito de inquéritos e de procedimentos criminais relativamente aos quais o Estado tinha o dever de cooperar e que se iniciaram antes da data em que a retirada começou a produzir efeitos; a retirada em nada afetará a prossecução da apreciação das causas que o Tribunal já tivesse começado a apreciar antes da data em que a retirada começou a produzir efeitos.

Artigo 128

Textos Autênticos

O original do presente Estatuto, cujos textos em árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo fazem igualmente fé, será depositado junto do Secretário-Geral das Nações Unidas, que enviará cópia autenticada a todos os Estados.

Em fé do que, os abaixo assinados, devidamente autorizados pelos respectivos Governos, assinaram o presente Estatuto.

Feito em Roma, aos dezessete dias do mês de julho de mil novecentos e noventa e oito.

ANEXO D - CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

TÍTULO I

Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

XXX - é garantido o direito de herança;

XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do "de cujus";

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção;

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei; (Regulamento).

LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

XVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

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

LXXII - conceder-se-á "habeas-data":

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefera fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

a) o registro civil de nascimento;

b) a certidão de óbito;

LXXVII - são gratuitas as ações de "habeas-corpus" e "habeas-data", e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Decreto Legislativo com força de Emenda Constitucional)

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

CAPÍTULO II

DOS DIREITOS SOCIAIS

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

- XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
- XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943)
- XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;
- XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
- XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; (Vide Del 5.452, art. 59 § 1º)
- XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
- XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;
- XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
- XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
- XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
- XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;
- XXIV - aposentadoria;
- XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)
- XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;
- XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;
- XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;
- XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000)
- a) e b) (Revogadas pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000)
- XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
- XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;
- XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;
- XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
- XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso,

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º - Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

Art. 11. Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.