

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM
FACE DA GLOBALIZAÇÃO DE MERCADOS
E O GARANTISMO COMO
REFERÊNCIA JURÍDICA NECESSÁRIA

Edihermes Marques Coelho

Florianópolis, julho de 2002

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM
FACE DA GLOBALIZAÇÃO DE MERCADOS
E O GARANTISMO COMO
REFERÊNCIA JURÍDICA NECESSÁRIA

Edihermes Marques Coelho

Tese apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Doutor em
Direito, sob orientação do Professor
Doutor Sérgio Cademartori.

Florianópolis, julho de 2002

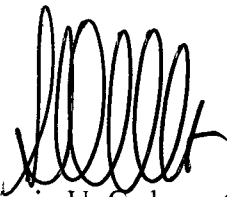
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE DOUTORADO EM DIREITO

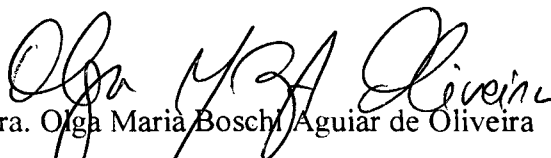
**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM FACE DA
GLOBALIZAÇÃO DE MERCADOS E O GARANTISMO
COMO REFERÊNCIA JURÍDICA NECESSÁRIA**

Edihermes Marques Coelho



Dr. Sérgio U. Cademartori

Professor Orientador



Dra. Olga Maria Bosch Aguiar de Oliveira

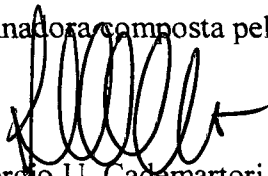
Coordenadora do CPGD/CCJ/UFSC

Florianópolis, 2002.

Edihermes Marques Coelho

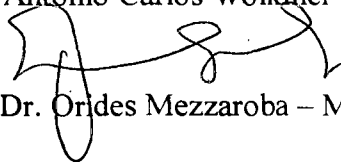
**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM FACE DA
GLOBALIZAÇÃO DE MERCADOS E O GARANTISMO COMO
REFERÊNCIA JURÍDICA NECESSÁRIA**

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina pela Banca Examinadora composta pelos seguintes professores:



Professor Dr. Sérgio U. Cademartori - Presidente

Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer – Membro



Prof. Dr. Orides Mezzaroba – Membro

Prof. Dr. Lédio Rosa de Andrade – Membro

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia – Membro

Prof. Dr. Edmundo Lima de Arruda Júnior – Suplente

Profa. Dra. Jeanine Nicolazzi Philippi – Suplente

Florianópolis, 24 de julho de 2002.

Agradeço a todos meus familiares pelo carinho incontido; a quem me ama, pelo afeto; a meus amigos, pelo apoio; a Sérgio, meu orientador, pela confiança.

"A efetivação de uma maior proteção dos direitos do homem está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana. É um problema que não pode ser isolado, sob pena, não digo de não resolvê-lo, mas de sequer compreendê-lo em sua real dimensão. Quem o isola já o perdeu. Não se pode pôr o problema dos direitos do homem abstraindo-o dos dois grandes problemas de nosso tempo, que são os problemas da guerra e da miséria, do absurdo contraste entre o excesso de *potência* que criou as condições para uma guerra exterminadora e o excesso de *impotência* que condena grandes massas humanas à fome. Só nesse contexto é que podemos nos aproximar do problema dos direitos com senso de realismo."

(Norberto Bobbio, *in A era dos direitos*)

ABREVIATURAS

d.c. – depois de Cristo

FED – Federal Reserv System (equivale, no Brasil, ao Banco Central)

FGV – Fundação Getúlio Vargas

FMI – Fundo Monetário Internacional

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

Mercosul – Mercado Comum do Sul

OMC – Organização Mundial do Comércio

ONU – Organização das Nações Unidas

PIB – Produto Interno Bruto

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

RESUMO	12
ABSTRACT	14
RESUMEN	16
INTRODUÇÃO	18
1) DELINEAMENTOS DA TEORIA JURÍDICA GARANTISTA ..	33
1.1 - CONSIDERAÇÕES INICIAIS	34
1.2 - O GARANTISMO COMO TEORIA JURÍDICA	39
1.2.1 - Vigência e Validade no Garantismo	43
1.2.1.1 - Validade Normativa em Concepções Tradicionais ..	46
1.2.1.2 - Vigência no Garantismo	50
1.2.1.3 - Validade Normativa no Garantismo	55
1.2.2 - Eficácia e Efetividade no Garantismo	60
1.3 – DO GARANTISMO À VIDA COTIDIANA	65
2) GLOBALIZAÇÃO DE MERCADOS	71
2.1 - CONSIDERAÇÕES INICIAIS	72
2.2 - ANTECEDENTES HISTÓRICOS	76
2.2.1 - O Desenvolvimento das Cidades	77
2.2.1.1 - Relação Campo ⇔ Cidade	78
2.2.2 - As Relações de Produção	83

2.2.3 - Relações de Produção, Relações de Classe e o Capitalismo	87
2.3 - CARACTERÍSTICAS ECONÔMICAS	94
2.3.1 - Introdução	94
2.3.2 - Estrutura Econômico-Financeira da Globalização	95
2.4 - CARACTERÍSTICAS POLÍTICAS	102
2.5 - CARACTERÍSTICAS SÓCIO-CULTURAIS	114
2.6 - O PAPEL DO ESTADO FRENTE À GLOBALIZAÇÃO	119
3) DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS	123
3.1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS	124
3.2 – DO OBSCURANTISMO À RACIONALIZAÇÃO	126
3.3 - AS DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS	132
3.2.1 - Primeira Dimensão	133
3.3.2 - Segunda Dimensão	134
3.3.3 - Terceira Dimensão	136
3.3.4 – Contextualização	137
3.4 - CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS ..	139
3.5 - DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO	145
3.5.1 - Sistema Jurídico e Subsistema Constitucional	147
3.5.2 - Valoratividade Jurídico-Constitucional	153
3.5.3 - Os Valores Superiores e os Direitos Humanos	156
3.5.4 - Princípios: Valorações e Normatividade	165
4) DIREITOS HUMANOS E REALIDADE CONTEMPORÂNEA .	174

4.1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS	175
4.2 – DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	175
4.2.1 - O Direito à Liberdade	178
4.2.2 - O Direito à Igualdade	181
4.2.3 - O Direito à Vida	184
4.2.4 - O Direito à Existência Digna	186
4.2.5 - Análise Crítica dos Direitos Humanos na Constituição	190
4.3 – REALIDADE SOCIAL E DIREITOS HUMANOS	198
4.3.1 – Desigualdade Social na Lógica de Consumo	199
4.3.2 – Desigualdade Social quanto à Efetividade da Cidadania	201
4.4 – GLOBALIZAÇÃO E AS CONDIÇÕES DE EXISTÊNCIA	206
4.4.1 – Introdução	206
4.4.2 – Análise Econômica	207
4.4.3 – Análise Social	210
4.4.4 – Análise Geral	221
5) O GARANTISMO COMO TEORIA JURÍDICA ADEQUADA	
À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	229
5.1 – O GARANTISMO E OS DIREITOS HUMANOS	230
5.2 – O GARANTISMO E O PODER JUDICIÁRIO.....	240
5.2.1 – Os Juizes e a Lei	243
5.2.2 – Legalismo e Legalidade	248
5.3 – INTERPRETAÇÃO E CRIAÇÃO JURÍDICA	252

5.4 – JUDICIÁRIO, GARANTISMO E DIREITOS HUMANOS	256
5.5 – O GARANTISMO COMO REFERÊNCIA JURÍDICA	259
CONCLUSÃO	263
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	274

RESUMO

O desenvolvimento do capitalismo desembocou, nas últimas décadas, num 'fenômeno' histórico conhecido como globalização de mercados. Tal 'fenômeno' é marcado por uma quebra de fronteiras das trocas comerciais e uma desregulamentação dos investimentos voláteis do capital especulativo. Nesse contexto, fragiliza-se o Estado, tanto no seu papel regulador da economia quanto no seu papel de promotor de bem-estar social e quanto no seu papel de aplicador do Direito.

Tal quebra de boa parte das limitações econômico-capitalistas entre países e a decorrente fragilização do Estado acabam por gerar uma debilidade das garantias possíveis aos direitos humanos. Por um lado, isso deriva de que o processo de globalização de mercados se dá com a desestruturação de várias garantias legais a direitos atinentes à condição econômico-social dos indivíduos. Por outro lado, as categorias tradicionais da teoria jurídica não são as mais adequadas para instrumentalizar a atividade dos operadores do Direito na defesa e garantia dos direitos humanos.

Os direitos humanos, assim, encontram-se em xeque. As condições materiais para o exercício da liberdade e da igualdade, e decorrentemente para o

usufruir a própria vida, podem ser qualificadas como condições para uma existência digna no mundo. Desse modo, para que se possa garantir os direitos humanos no contexto da realidade contemporânea, é absolutamente imprescindível que se garantam os direitos à existência digna no mundo, à liberdade, à igualdade e à própria vida (seriam eles a base material da condição humana de existência). Ocorre que a globalização de mercados, fragilizando as garantias jurídicas referentes a tais direitos, enfraquece esses próprios direitos.

Nesse quadro, o garantismo jurídico, cunhado a partir do pensamento de Luigi Ferrajoli, apresenta-se como uma alternativa teórico-jurídica adequada a instrumentalizar as atividades teóricas e práticas daqueles que atuam no sentido de pautar sua atuação por parâmetros voltados à defesa e implementação dos direitos humanos. Sobretudo a partir da reconstrução das idéias de existência, validade e eficácia das normas jurídicas, o garantismo apresenta um conjunto de possibilidades técnico-argumentativas para os intérpretes e aplicadores jurídicos, os quais, através da ponderação valorativa baseada na Constituição Federal, estariam vinculados indefectivelmente aos direitos humanos, o que fortalece juridicamente a garantia de tais direitos no mundo globalizado.

ABSTRACT

The development of the capitalism discharged, in the last decades, one fenômeno. historical known as globalization of markets. Such fenômeno. it is marked by a border in addition of the commercial exchanges and a deregulation of the volatile investments of the speculative capital. In this context, fragiliza the State, as much in its regulating paper of the economy how much in its paper of promoter of social welfare and how much in its paper of applicator of the Right. Such part in addition good of the limitations economic-capitalists between countries and the decurrent embrittlement of the State finishes for generating an atony of the possible guarantees to the human rights. On the other hand, this drift of that the process of globalization of markets if gives with the desestruturção of you vary legal guarantees the atinentes rights to the economic-social condition of the individuals. On the other hand, the traditional categories of the legal theory are not adjusted to instrumentalizar the activity of the operators of the Right in the defense and guarantee of the human rights. The human rights, thus, meet in xeque. The material conditions for the exercise of the freedom and the equality, and decurrently to usufruct it the proper life, can be qualified as conditions for a worthy existence in the world. In this way, so that if it can guarantee the human

rights in the context of the reality contemporary, it is absolutely essential that the rights to the worthy existence in the world, to the freedom, the equality and the proper life are guaranteed (they would be they it material base of the condition existence human being). It occurs that the globalization of markets, fragilizando the referring legal guarantees to such rights, weakens these proper rights. In this picture, the legal garantismo, brother-in-law from the thought of Luigi Ferrajoli, are presented as a theoretician-legal alternative adjusted to instrumentalizar the theoretical and practical activities of that they act in the direction of pautar its performance for parameters come back to the defense and implementation of the human rights. Over all from the reconstruction of the ideas of existence, validity and effectiveness of the rules of law, the garantismo presents a set of possibilities technician-argumentativas for the legal interpreters and applicators, which, through the based valorativa balance in the Federal Constitution, would be tied indefectivamente with the human rights, what it juridicamente fortifies the guarantee of such rights in the globalizado world.

RESUMEN

El desarrollo del capitalismo desembocou, las últimas décadas, en un fenómeno histórico conocido como globalización de mercados. Este fenómeno es marcado por un rompimiento de fronteras de cambios comerciales y una desregulación de los invertimientos voláteis del capital especulativo. Así que, fragilizase el Estado, tanto en su papel regulador quanto en su papel de promotor dei bien estar social y de aplicador del derecho.

Tal rumpimiento de grande parte de las limitaciones económico-capitalistas entre países y la subsiguiente fragilización del Estado, cumple por engendrar una debilidad de las garantías posibles a los derechos humanos. Por un lado, esto deriva del proceso de globalización de mercados que se dá con la desestructuración de várias garantías legales a derechos referentes a la condición económico-social de los individuos. Por otro, las categorías tradicionales de la teoría jurídica no son las más adecuadas para instrumentalizar la actividad de los operadores del derecho en defensa y garantía de los derechos humanos.

Los derechos humanos, pues, encuentranse em cheque. Las condiciones materiales para el ejercicio de la libertad y de la igualdad, y sin embargo para disfrutar la própria vida puedem ser calificadas como condiciones para una existencia digna en el mundo. Luego, para que se pueda garantizar los derechos humanos en el contexto de la realidad contemporánea. é absolutamente imprescindible que sean garantizados los derechos a la existencia digna en el mundo, la libertad, la igualdad y la própria vida (son ellos la base material de la

condición humana de existencia). Lo que pasa es que la globalización de mercados fragilizando las garantías jurídicas referentes a los derechos, debilita los propios derechos.

En este sentido, el garantismo jurídico, abarcado por el pensamiento de Luigi Ferrajoli, presentase como una alternativa teórico-jurídica adecuada a instrumentalizar las actividades teóricas y prácticas de los que actúan en el sentido de regular su actuación por parámetros volcados a la defensa y práctica de los derechos humanos. Principalmente a partir de la reconstrucción de las ideas de existencia, validez y eficacia de las normas jurídicas, el garantismo presenta un conjunto de posibilidades técnico-argumentativas para los intérpretes y aplicadores jurídicos, los que, por la ponderación valorativa basada en la Constitución Federal, estarían vinculados indefectiblemente a los derechos humanos, lo que fortalece jurídicamente la garantía de los dichos derechos en el mundo globalizado.

INTRODUÇÃO

O mundo como um todo, ao enveredar pelos caminhos do século XXI, depara-se com uma série de questões novas e problemáticas. Tem-se dois grupos fundamentais de aspectos que trazem consigo vantagens, é certo, mas também preocupações: a globalização e a hipercomunicação¹. No que respeita à globalização, a quebra de fronteiras econômicas, políticas e sociais traz a preocupação com a dispersão da nacionalidade e com a desregulamentação da economia, e com elas a dispersão política, gerando preocupação com o enfraquecimento da cidadania. Quanto à hipercomunicação, os múltiplos canais de comunicação interindividual (Internet) ou de massa trazem consigo a preocupação de que o indivíduo esteja ao mesmo tempo em todos os lugares e em lugar nenhum, sob o ponto de vista dos seus interesses - estaríamos, pois, 'desterritorializados'.

¹ Ao se falar em globalização, tem-se como referência a globalização de mercados, com seus aspectos econômico-sociais e de quebra de fronteiras culturais. Ao se falar em 'hipercomunicação', tem-se em vista fenômenos que dissipam as distâncias geográficas, como a

Ora, essa atual transformação dos parâmetros de funcionamento da sociedade conduzem a um redimensionamento das demandas sociais (individuais, coletivas, empresariais). O indivíduo, enquanto cidadão, depara-se com fatores tais como o desemprego estrutural na produção, o realinhamento das atividades profissionais (maior ênfase nos serviços e comércio), a dispersão política e o enfraquecimento das garantias jurídicas internas frente às dimensões jurídicas de correlação internacional como elementos que conduzem, no mínimo, a um repensar a idéia de cidadania e o agir coletivo na vida social (movimentos sociais).

De outra parte, as atuações comerciais e empresariais cada vez mais recebem novas nuances. Primeiramente, as empresas 'nacionais' estão submetidas à concorrência internacional (cada vez menos limitada), através de empresas sediadas em outros países que estendem seus 'tentáculos' por boa parte do mundo. O que se vê, especialmente, são oligopólios, em que a concentração dos fluxos empresariais se dá entre megaempresas, concentrando e controlando os mercados. Paralelamente, as empresas de todos os países (incluam-se os países periféricos) encontram, ao menos formalmente, possibilidades abertas para concorrer no mercado internacional. Concretamente, no entanto, uma tal concorrência no mercado internacional depende de uma capacitação tecnológica e logística que exige um montante de investimentos demasiadamente alto, o que acaba sendo

Internet, e os fatores de difusão cada vez mais veloz de informações através da comunicação de massa, num efetivo bombardeio comunicacional.

uma restrição à efetividade de tal concorrência – o mercado fica, em muito devido a isto, ao dispor dos oligopólios empresariais.

Ademais, nos anos 80 do século XX, mas sobretudo nos anos 90, sedimentou-se definitivamente a união jurídica, política e econômica dos países europeus, quebrando os parâmetros de barreiras nacionais. Paralelamente, embora de modo bem mais tímido, ganharam certo espaço (efetivo) junções político-econômicas como o Nafta, o Mercosul e a Alca. As economias do mundo vincularam-se às flutuações da economia norte-americana - em especial - e essa às demais². Além disso, percebeu-se que boa parte das proteções jurídicas às economias nacionais em países como os da América do Sul foram derrubadas em prol da chamada 'abertura econômica'. A globalização, dessa maneira, fruto de uma perspectiva econômico-política identificada como neoliberal, foi se tornando assunto do cotidiano jurídico-político dos nossos dias. Um assunto presente nos meios de comunicação de massa até como forma de 'sensibilização' política para que as medidas jurídico-legais necessárias à 'abertura econômica' fossem tomadas.

No Brasil - como em boa parte do mundo -, os passos mais efetivos para a implementação de tais mudanças começaram, em especial na década de 90, a partir da quebra (através de emenda constitucional) do conceito constitucional de empresa nacional. A isso seguiram-se diversas medidas administrativas e legais

² Para ressaltar tal conexão internacional, basta lembrar as reações instantâneas recíprocas que as Bolsas de Valores (mercados de ações) do mundo sofrem aos sinais de crises – estruturais ou localizadas – que atinjam qualquer das 'grandes economias'.

que possibilitaram o livre fluxo de capital estrangeiro na nossa economia, além da facilitação (e incentivo) ao ingresso concorrencial em nosso país de empresas e produtos de outros países. A década de 90 do século XX ganhou assim, de modo efetivo, a característica de década da globalização.

Não há que se negar que tais mudanças têm aspectos econômicos positivos. Assim, por exemplo, há o livre acesso que a população pode ter a uma série de produtos de maior qualidade técnica produzidos em outros países³. Há o barateamento de alguns produtos nacionais através do ingresso de produtos estrangeiros com melhor preço. Há o incremento de setores econômicos estagnados ou quase que inexistentes de vários países. Há, enfim, uma universalização da circulação econômica de bens.

Porém, há, também, desvantagens político-econômicas. Assim, por exemplo, há a debilitação da produção nacional de diversos países, sobretudo por não se ter critérios seletivos de importação, havendo produtos que em seus países recebem fomentos públicos para a produção concorrendo com produtos nacionais produzidos em condições normais de mercado e tributação.

Além disso, com o ingresso livre e incentivado de empresas estrangeiras na economia de países 'em desenvolvimento' - como o Brasil - fica enfraquecido o poder político nacional, e as empresas nacionais ficam expostas, sem maiores cuidados, a uma concorrência forte demais para as suas condições estruturais.

³ Trata-se de livre acesso formal, fique bem entendido. Tendo-se em conta o fato de que grande parte da população brasileira tem como preocupação cotidiana a sobrevivência, dir-se-á que tal livre acesso não é tão livre assim.

Diante disso, as probabilidades de fusões e incorporações das empresas nacionais por megaempresas estrangeiras são cada vez mais intensas - corroboradas por exemplos práticos, nas mais diversas áreas de produção de bens e serviços.

O enfraquecimento dos espaços de concorrência das empresas nacionais atinge, de modo efetivo, empresas de médio e pequeno porte, pois a maioria delas não possuem condições técnicas e estruturais para concorrer produtivamente de modo livre com empresas de economias mais fortes. Este último fator, agregado à tecnologização e automação industrial, diminui os espaços de emprego formal (o fator concorrência gerando desemprego aritmeticamente; o fator tecnologia, geometricamente), agravando as históricas cifras de má distribuição de riquezas e distanciamento social entre os mais abastados e os mais pauperizados.

Ainda se deve ressaltar, no que respeita ao Brasil, que há questões sociais históricas não resolvidas cuja realidade têm se agravado, em parte em função das mudanças jurídico-econômicas internas, em parte em função das mudanças tecnológicas universais, globais. O Brasil continua com uma das maiores proporções mundiais de concentração de renda (e, em termos rurais, de terras), com diferenças abismais entre os 'incluídos' e os 'excluídos' dos benefícios sociais (um hiato social), além de se ter, nas avaliações internacionais, um nível médio de qualidade de vida da população muito abaixo de suas condições potenciais enquanto país⁴.

⁴ Dados de 2002 (**Relatório do desenvolvimento humano 2002**. Lisboa: Trinova, 2002), coletados pela ONU, indicam que o Brasil ocupa apenas a 72ª posição no mundo em índice de desenvolvimento humano (IDH).

O fato, pois, é que a globalização de mercados, com seus reflexos políticos e sociais, debilita os Estados enquanto órgãos de Poder e os países enquanto espaços econômicos próprios. Tais conseqüências refletem na busca de efetivação da cidadania, a qual pressupõe um Estado atuante e uma conjunção social baseada na integração social (preocupação endógena), enquanto que o panorama da sociedade globalizada é de aposta no mercado internacionalizado: pouco Estado e muita concorrência sócio-econômica (preocupação exógena).

O Estado, enquanto órgão político de intervenção social, tem se tornado um órgão mais fraco, pois os seus espaços têm sido cada vez mais divididos com megaempresas de outros países, e cada vez mais países fortes influenciam (ou interferem) as decisões internas de países mais fracos. Não há que se esquecer, nesse contexto, que o Brasil situa-se num bloco intermediário: se, por um lado, influencia outros países mais fracos, por outro lado recebe influência direta de outros países econômica e politicamente mais fortes).

Percebe-se, assim, nos dias atuais, que questões como a globalização de mercados, a tecnologização dos parâmetros produtivos e o redimensionamento das estruturas políticas nacionais são fatores que envolvem a humanidade, ditando aumento de complexidade para o modo de viver humano neste início de século XXI. Diante disso, aqueles que se preocupam com a cidadania têm frente a si algumas questões pungentes: há futuro na democracia? quais os espaços de cidadania dentro das estruturas políticas? o que se pode buscar como democracia? o que se deve buscar como cidadania?. São questões que correlacionadamente se pressupõem.

Tais questões ímpares estão inseridas no bojo de um problema mais amplo: as relações de poder nas sociedades atuais. Ora, todo vínculo social que se estabeleça é um vínculo de Poder. Nas relações sociais haverá sempre, de um modo ou de outro, como objeto central ou pano de fundo, relações de poder. Afinal, o ser humano é insitamente conflitivo - vida e morte, repressão e criação, pululam no existir humano.

Conseqüentemente, pode-se dizer (sem intuítos xenófobos) que, embora a globalização não seja mãe das mazelas políticas que perturbam a realidade brasileira, ela traz novas dificuldades e novas direções - sob vários aspectos, não muito animadoras -, tendo em vista que aqueles que hoje possuem predominância política em nosso país não compactuam efetivamente com este tipo de preocupações políticas e sócio-econômicas.

As regulações de poder (de origens para além do controle direto de cada ser humano regulado - estatais, empresariais, comunicacionais) são inevitáveis no convívio humano em sociedade. Porém, os modos de recepção de tais regulações por cada sujeito, e por conseqüência, as reações sociais e individuais, são múltiplos em possibilidades.

É precisamente nessa multiplicidade de possibilidades de recepção e reação que reside a perspectiva de que as respostas às regulações de poder se dêem sob o signo da participação de cada um. Cada sujeito tem em si o potencial de se pensar e portar-se como ser singular, como um vivente autônomo.

O signo de participação pode ser tradutor de um sentido político singular: o poder pode ser concebido a partir de cada ser pensante, a partir de cada cidadão

atuante, a partir de cada possibilidade de resistência aos signos dominantes de um complexo sistema de significações e relações sociais capitalísticas⁵.

Conceber, a partir de tais pressupostos de participação, as relações democráticas de Poder é pensar nas possibilidades e pressupostos de realização social e intersubjetiva de um triângulo de valores básicos: igualdade, liberdade e dignidade humana. Significa pensar tal triângulo valorativo nas multiplicidades possíveis de um agir humano democrático, sem reduzir a singularidade humana a um modelo de cidadania individualista, típico do neoliberalismo. Conceber as relações sociais sob o prisma democrático singularista pressupõe, assim, como bem salienta Vilma Figueiredo,

“a incessante recolocação de necessidades, desejos e sonhos e a busca inesgotável de sua realização. Implica, assim, a criação complexa de múltiplos mecanismos e lugares institucionais que tornem possível a inserção multifacetada do indivíduo na sociedade, sem fixá-lo num único modelo estabelecido e imposto de cima para baixo.”⁶.

Representa, pois, pensar a democracia e a cidadania (por conseqüência, a política e o próprio Direito) sob o prisma do existir humano - mas de um existir humano de autonomia e participação social.

⁵ Quanto a tais relações capitalísticas, vide GUATTARI, Félix. **Revolução Molecular: Pulsações Políticas do Desejo**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. O autor, em tal obra, discute a questão da subjetividade humana a partir das relações de produção econômica e de significação cultural e valorativa.

Urge que se repense, nesse contexto, o papel do Estado, partindo, para tanto, do ângulo fundamental da cidadania, no que o Estado há a ser preservado como meio de garantia formal e material desta e há a ser (re)construído como espaço para realização efetiva da democracia.

Entretanto - e sobretudo, para os termos das reflexões que serão desenvolvidas nas páginas seguintes - a lógica nos indica que com a globalização de mercados há o incremento da formação de novas demandas sociais (sócio-coletivas e econômicas), as quais geram e gerarão novas demandas jurídicas, sob o ponto de vista de conteúdo ou de paradigmas jurídicos de solução e de conflito de interesses. Estas se agregam e se agregarão a demandas antigas - mas atuais - de satisfação de condições básicas de existência - aguçando a falta de respostas adequadas do Direito (no seu âmbito) a tais situações.

Tal contexto gera algumas indagações principais sobre o Direito: sendo a Constituição Federal o conjunto normativo máximo em nosso país, como proceder para que ela se constitua num instrumental jurídico de garantia da cidadania? Ou, em outro sentido, deve-se entender que a Constituição é juridicamente incidente sobre questões de cidadania ou apostar na auto-regulação e autodeterminação sociais? Mais, ainda: qual o papel a ser desempenhado pelos operadores jurídicos neste contexto, frente às situações jurídico-sociais que cotidianamente estão e estarão ao seu redor?

⁶ FIGUEIREDO, Vilma. **Autoritarismo e Eros** - Col. Debates. São Paulo: Perspectiva, 1992, nº 251, p. 36.

Destaque-se que nesse quadro o Poder Judiciário apresenta um potencial singular para o papel do Direito frente ao conjunto de demandas sociais. Isto porque ele se caracteriza como Poder Público cuja atividade pode interferir, de modo fiscalizatório e garantidor de direitos individuais e coletivos, num universo muito amplo de interesses. Conseqüentemente, sua posição potencializa uma possibilidade ímpar de atuação de operadores jurídicos que com ele se relacionam (os próprios magistrados, advogados, representantes do Ministério Público), atuação capaz de marcar importantes pontos a favor das garantias constitucionais.

Para tanto, essencial é que se faça uma leitura sistemática da Constituição (o que já se faz, embora não no sentido especificamente aqui proposto), *procurando se apreender os valores fundamentais de garantia de uma vida em sociedade pretensamente racional*. Isso porque a Constituição não há de ser dimensionada como simples amontoado de regulações, mas sim um conjunto sistemático de regulações, organizadas em torno de valores superiores, possibilitando-se uma interpretação sistemática da Carta Magna.

Pode-se dizer - sem grandes novidades - que a interpretação jurídica (e a interpretação constitucional por excelência) deve ser, necessariamente, interpretação sistemática. Acrescente-se: há de ser interpretação sistemático-constitucional principiológica, baseada na conjunção das normas constitucionais com seus conteúdos diretrizes⁷.

⁷ A respeito desse assunto vide COELHO, Edihermes Marques. **Apontamentos para uma Idéia de Sistema Constitucional**. Dissertação de mestrado, CPGD, UFSC, 1995), em que é desenvolvida a idéia de um sistema constitucional principiológico-finalístico. Vide, também:

Assim sendo, entende-se como decisivo desafio jurídico, legitimador do projeto que redundou nesta tese⁸, propugnar caminhos de intervenção para os operadores jurídicos - em especial os que atuam junto ao Judiciário - no sentido de que sua atuação esteja adequada ao redimensionamento do campo jurídico para a proteção e otimização das condições de humanidade, em função das mudanças econômicas, sociais e culturais. É nesta esteira que se entende que a análise do papel histórico dos direitos humanos fundamentais e da importância da teoria garantista são uma referência política-jurídica necessária para a construção desses caminhos.

Tem-se como ponto de partida da pesquisa⁹ e análise a seguinte questão (antes enunciada): os direitos humanos fundamentais têm ainda, diante da globalização de mercados, um papel positivo a ser cumprido na história da humanidade, ou seriam eles hoje um obstáculo ao desenvolvimento social, econômico e político?

COELHO, Edihermes Marques & BORGES, Alexandre Walmot. **Ensaaios sobre sistema jurídico**. Uberlândia: IJCon, 2001- especialmente o segundo ensaio.

⁸ A idéia de tese tem por base dois critérios: deve servir para fazer avançar a área de estudo a que o autor se dedica; e deve ser original quanto ao tema, ou propor uma abordagem nova, diferente sobre um tema já discutido (conforme HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Monografia no curso de Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 50). A tese aqui apresentada, por um lado, aborda algo já discutido: os efeitos da globalização sobre o Direito. No entanto, } propõe uma abordagem peculiar do tema: } como a globalização agride os direitos humanos, o } Direito e própria atuação dos operadores jurídicos **devem** (imperativo) ser repensados através dos conceitos e pressupostos teóricos do garantismo. }

⁹ Quanto à pesquisa (no seu complemento, nos últimos meses) – e, acrescente-se, quanto às regras metodológicas de apresentação da tese – utilizou-se GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Repensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

Além disso, questiona-se: o Estado é ainda o principal eixo do poder? Ou os conglomerados econômicos internacionais (e multinacionais) já representam eixos de poder difusos mais determinantes que o próprio Estado? Qual o papel a ser desempenhado pelos operadores jurídicos - em especial pelos que atuam junto ao Judiciário - frente às mudanças que já estão ocorrendo e que ainda estão por ocorrer em função dos redimensionamentos econômicos, sociais e culturais do início de século, especialmente aqueles causados pela globalização?

Partindo-se de tais questões, propõe-se um conjunto de hipóteses condicionadoras das análises que são trilhadas nas páginas seguintes:

I - os direitos humanos fundamentais já desempenharam o seu papel histórico, devendo ser colocados hodiernamente num segundo plano político-jurídico; ou,

II - não obstante as mudanças profundas sofridas pela humanidade nos últimos anos e as mudanças que já se desenham para o futuro, os direitos humanos fundamentais continuam tendo um papel político-jurídico fundamental, devendo, inclusive, apostar-se na sua internacionalização efetiva.

De outro viés:

III - os operadores jurídicos, em especial o Judiciário, frente à avalanche de mudanças da virada de século, hão de desempenhar em nosso país um papel de garantidores constitucionais, a fim de preservar a identidade cultural e a cidadania da população e a estrutura fundamental de direitos fundamentais e garantias previstas na Constituição Federal; ou

IV - diante dos novos paradigmas jurídicos que podem ser construídos no âmbito das mudanças ocorrentes na humanidade, o Judiciário há de adotar um papel de mediador de conflitos, deixando para a sociedade civil a determinação dos seus padrões de cidadania, entendendo-se a Constituição Federal como reguladora programática da cidadania, mas sem força cogente a esse respeito.

Enfim:

V - a fundamentação teórica para a atuação dos operadores jurídicos deve ser a teoria garantista do direito, pois dentro da idéia de Estado democrático-social de direito é a teoria jurídica que melhor responde às demandas contemporâneas e que, sobretudo, melhor resguarda os direitos fundamentais.

A abordagem aqui feita segue uma lógica dedutiva - mas não apodítica - baseada nos direitos humanos. Os direitos humanos consagram o que há de essencial para a condição humana de existência no mundo; a realidade econômica, política e social do mundo contemporâneo - globalizado - fragiliza as condições humanas de existência e o papel que o Direito pode exercer na garantia de tais condições; por conseqüência, é necessário que os operadores do Direito atuem com instrumentos jurídicos que lhes possibilitem otimizar - no seu âmbito - a proteção e a efetivação dos direitos humanos. Defende-se que tais instrumentos jurídicos, no plano da teoria do Direito, estariam sediados na teoria garantista.

Diante disso, e considerando as hipóteses acima elencadas, procurou-se, no transcorrer dos estudos que levaram às páginas seguintes, verificar no que consiste e poderá consistir, em termos de implicações político-jurídicas (sobretudo quanto aos direitos humanos fundamentais), o conjunto de mudanças econômicas, sociais

e culturais advindas com a 'globalização', para propugnar um perfil de postura e atuação jurídica para os operadores jurídicos brasileiros.

Procurou-se, ainda, elencar, justificadamente, os direitos e garantias estruturais (de base para a cidadania e a identidade sócio-cultural em nosso país) dispostos normativamente na Constituição, analisando suas correlações sistemáticas e importância histórica perspectiva. Procurou-se, também, verificar as implicações jurídicas do fenômeno histórico da globalização econômica (com seus aspectos sociais e culturais), em especial o atingimento do papel do Estado no mundo contemporâneo.

Buscou-se, ainda, tendo em vista a perspectiva de que o poder de julgar é Poder Público que intervém diretamente na sociedade, analisar se os direitos humanos fundamentais ainda possuem um papel a ser cumprido ou traduzir-se-iam atualmente em um empecilho ao desenvolvimento da humanidade, e, a partir disso, propugnar o papel a ser desempenhado pelos operadores jurídicos nos anos vindouros.

Enfim, buscou-se analisar os pressupostos teóricos do garantismo jurídico, propugnando-os como referência teórico-jurídica necessária para a contraposição (jurídica) aos efeitos nocivos da globalização de mercados e para o resguardo dos direitos fundamentais.

Para tanto, nos capítulos seguintes primeiramente faz-se um apanhado geral sobre a teoria garantista, apontando seus principais aspectos e explicando suas principais categorias enquanto teoria do Direito. São traçados, aqui, os

pressupostos teóricos so garantismo, juridicamente protetivos dos direitos fundamentais na realidade contemporânea, mergulhada nas relações globalizadas

Segue-se uma análise breve das relações econômicas pré e pós revolução industrial, chegando-se à identificação dos principais¹⁰ efeitos que a globalização de mercados está produzindo e ainda há de produzir no Estado contemporâneo. Para tal fim, utilizar-se-á basicamente as análises econômicas e políticas, discutindo a globalização de mercados nos seus conceitos básicos, suas influências econômicas básicas nos setores de produção, de comercialização, de mercados de ações e, em especial, nos níveis e características de empregos e condições sociais de vida.

Ora, tendo em vista que a influência social vem na esteira das influências econômicas e políticas, sendo no mais das vezes indiretamente decorrência destas, as indagações fundamentais decorrentes centram-se em torno da análise de se os direitos humanos fundamentais ainda possuem um papel a ser cumprido ou traduzir-se-iam atualmente em um empecilho ao desenvolvimento da humanidade, e, a partir disso, propugnar o papel a ser desempenhado pelo operadores jurídicos neste início de século XXI.

Com tal intuito, desenha-se um breve panorama da teoria jurídica sobre os direitos humanos e, após, analisa-se qual o quadro global de atingimento destes pela realidade político-econômica contemporânea, e qual o papel político do Estado dentro desse contexto.

¹⁰ Não houve preocupação de ser exaustivo em tais análises, mas sim ilustrativo dos principais aspectos, de modo a sustentar as análises jurídicas dos capítulos seguintes.

Tais reflexões são base para a análise dos papéis a serem desempenhados pelos operadores jurídicos nos dias atuais e vindouros. E para tal análise referente aos operadores jurídicos, adota-se a teoria garantista, cunhada a partir do pensamento de Luigi Ferrajoli. Nesse contexto, a tese construída é a de que somente uma postura garantista dos operadores jurídicos em geral frente aos direitos fundamentais (direitos humanos constitucionalizados) pode resguardar estes de efeitos nocivos da globalização de mercados - ou ao menos minimizar tais efeitos.

1) DELINEAMENTOS DA TEORIA JURÍDICA GARANTISTA

"(...) vivendo nós no início do milênio num mundo onde há tanto para criticar por que se tornou tão difícil produzir uma teoria crítica? Por teoria crítica entendo toda a teoria que não reduz a 'realidade' ao que existe. A realidade qualquer que seja o modo como é concebida é considerada pela teoria crítica como um campo de possibilidades e a tarefa da teoria consiste precisamente em definir e avaliar a natureza e o âmbito das alternativas ao que está empiricamente dado. A análise crítica do que existe assenta no pressuposto de que a existência não esgota as possibilidades de existência e que portanto há alternativas suscetíveis de superar o que é criticável no que existe."¹¹

¹¹ SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente*. São Paulo: Cortez, 2000, v. 1, p. 23.

1.1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A realidade social e política contemporânea está marcada por profundas e efetivas inter-conexões com a realidade econômica. Tal se dá em escala mundial, de modo que nenhum país consegue ficar incólume diante das mudanças cada vez mais aceleradas que varrem o mundo.

Agrega-se a isso a sensação de incerteza e de insegurança que permeia a existência humana diante do terrorismo (em especial do bioterrorismo) e da instabilidade das relações entre países com potencial de ações de guerra (cite-se como exemplo o Iraque, a Índia e o Paquistão).

O conjunto de tais situações coloca em discussão, uma vez mais na história da humanidade, o papel do Estado e a posição dos seres humanos na organização social. Uma vez mais na história torna-se necessário demonstrar a centralidade do ser humano na organização social como o fator legitimante das relações de poder (caso contrário, as relações de poder seriam baseadas no mero uso - disfarçado ou não - da força). E uma vez mais na história ressalta-se a necessidade de se proteger o ser humano enquanto individualidade e enquanto coletividade, ~~garantindo a todos e a cada um condições mínimas de existência que permitam ao indivíduo sentir-se cidadão no mundo.~~ Tal, como se viu, passa no campo jurídico por garantir ao indivíduo a proteção aos direitos humanos e o fomento à sua concretização.

Ocorre que diante do contexto geral das mudanças de ordem econômica, política e cultural por que o mundo está passando nas últimas

décadas. com o redimensionamento completo do papel do Estado, acaba sendo lógico que o Direito esteja sentindo os reflexos de tal situação. A globalização afeta cada setor da vida humana de algum modo, e modifica o perfil de atuação do Estado frente à sociedade. Sendo o Direito um fenômeno predominante normativo e predominantemente estatal, sua inserção no mundo acaba sendo atingida pela globalização.

A decorrência é que o Direito contemporâneo está passando por um período de crise¹² - em especial, para o interesse deste trabalho, nos países ocidentais. Tal crise, seguindo a lógica de Luigi Ferrajoli¹³ - apresentada antes que a globalização fosse um fenômeno constituído, mas ainda hoje pertinente - tem três principais aspectos:

I - É, primeiramente, *uma crise de legalidade*, que se manifesta pela ilegalidade no exercício do poder. Em diversas instâncias age-se à margem da lei e até mesmo contra ela, sem que haja uma reação social ou política efetiva a isto¹⁴. Tal se dá muito claramente, a título de exemplo, com a disseminada corrupção que permeia as instituições públicas, e com o desrespeito às normas constitucionais por instituições públicas e privadas.

¹² A palavra 'crise' pode ter vários sentidos. Aqui é utilizada no sentido de a realidade existente (seja num plano teórico, seja num plano empírico) está enfraquecida, não atende mais aos objetivos a que pretensamente está destinada, sem tenha ainda surgido uma nova realidade ou sem que a nova realidade, já surgida como opção, seja predominante.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **O direito como sistema de garantias**. In OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1977.

¹⁴ Tal não significa que não haja repulsa social a tais práticas; apenas se ressalta que não há uma reação efetiva e constante, que possa ser entendida como ações da sociedade civil 'organizada' contra tais práticas.

Por um lado, de diversas maneiras as pessoas encarregadas de exercer o poder em nome da coletividade agem como se a 'máquina' pública fosse propriedade privada sua ou de grupos dos quais fazem parte ou aos quais servem politicamente. Por outro lado, na esfera de vida privada criam-se inúmeros modos de mascarar as relações sociais que se dão não só à margem das leis, mas vão de encontro a elas.

II – É, também, *uma crise da inadequação do modelo social de Estado às estruturas do Estado de Direito*, gerando uma crise do Estado social. Ou seja, o modelo social de Estado (forte até o início da década de 90 na Europa, em especial; fraco - mas constitucionalmente previsto - nos países econômica e politicamente dependentes) impulsiona uma gama variada de interesses dos grupos sociais, pois, em tese, seria voltado a que os problemas sociais fossem solucionados pelo Estado.

Ocorre que o Estado de Direito¹⁵ é baseado em uma série de parâmetros jurídicos para a atuação do Estado, que não otimizam o exercício dos interesses dos diversos grupos de maneira coordenada à uma possível necessidade de equilíbrio das relações sociais e políticas. Com isso, as atuações dos diversos grupos se dão de maneira conflitante, em virtude de uma 'inflação' de interesses corporativos, o que se reflete em inflação de leis e medidas

¹⁵ Para Ferrajoli, o Estado de Direito se caracterizaria como "um sistema político baseado na disciplina legal e no monopólio estatal do uso da força, com o fim de excluir ou ao menos minimizar a violência nas relações interpessoais" (FERRAJOLI, Luigi. **El garantismo y la filosofía del derecho**, pp. 91-92.). Para uma clara exposição do significado da idéia do Estado de Direito (e do Estado Constitucional de Direito), vide CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**, especialmente o capítulo 1 da Parte 1.

provisórias (teoricamente tentando coadunar os diversos interesses), e na inefetividade dos objetivos de interesse social do Estado.

III – Enfim, é *uma crise do Estado nacional*, devido ao processo de integração econômica, que desloca os lugares do poder e enfraquece a soberania nacional - como já se demonstrou no primeiro capítulo. E se o Estado nacional está enfraquecido, conseqüentemente o Direito tem os seus instrumentos internos e externos igualmente enfraquecidos.

É, então, de se observar que todos os aspectos salientados dessa crise se referem, de alguma forma, ao primeiro item, ou seja, a *uma crise do princípio da legalidade*, ligada ao caos normativo (expressão de Ferrajoli) e à proliferação das fontes do direito. A idéia de caos normativo delinea que o número ilimitado de leis leva a situações contraditórias dentro do sistema jurídico¹⁶, criando inúmeros obstáculos a atuações jurídicas direcionadas para fins socialmente relevantes.

A proliferação de fontes do Direito, por sua vez, traduz-se de dois modos: fontes dentro do Estado e fontes fora do Estado. Dentro do Estado tem-se uma importância jurídica e prática cada vez maior para normas editadas pelo

¹⁶ Exemplifique-se com a legislação ambiental brasileira. A Lei 9.605/98 prevê, em especial no seu artigo 3º, que as empresas responderão diretamente, enquanto pessoas jurídicas, por ilícitos que vierem a provocar, tanto na esfera cível, quanto na esfera administrativa, quanto na esfera penal. Ocorre que na legislação penal a responsabilidade penal é toda baseada na idéia de dolo e culpa, como fatores inerentes à vontade humana, sendo inadmissível a responsabilização penal, por força do artigo 18 do Código Penal Brasileiro, sem que haja dolo ou culpa. Além disso, as penas são personalíssimas, devido a um preceito constitucional. Ao se atingir a pessoa jurídica criminalmente, está se atingindo também os seus sócios, independente de sua culpabilidade pessoal. A lei ambiental prevê a responsabilização penal das pessoas jurídicas sem levar em conta tais aspectos normativos, absolutamente indispensáveis na lógica normativa e punitiva penal. Trata-se de contradição jurídico-legal dentro do sistema normativo

Executivo (as próprias medidas provisórias, portarias, decretos administrativos etc). Fora do Estado, tem-se como exemplos a proliferação de órgãos sociais como as Câmaras de Arbitragem e os Juízos de Conciliação, além da proliferação de realidades jurídicas paralelas à estatal (os direitos 'marginais' sob dois aspectos: à margem e na marginalidade penal¹⁷, cada vez mais comuns em regiões urbanas e em certas regiões rurais).

Nesses elementos da crise do princípio da legalidade, salientados acima, tem-se que o caos normativo representa algo efetivamente negativo, pela dificuldade de sistematização e manutenção da coerência do sistema jurídico. Quanto à proliferação de fontes do Direito, no entanto, não há necessariamente um caráter negativo em tal constatação.

Aliás, tirando-se o paralelismo jurídico imposto sobre frações da sociedade, decorrente do crime organizado e da criminalidade rural, pode-se sempre resgatar aspectos positivos no pluralismo das fontes do Direito, à medida que se consiga evitar que tal pluralismo signifique um enfraquecimento do amálgama normativo e valorativo do sistema jurídico, que é a Constituição. Ademais, o pluralismo das fontes do Direito pode ser um interessante instrumento no fortalecimento e amadurecimento das múltiplas inter-relações

¹⁷ "À margem" porque as pessoas de certas comunidades (sobretudo comunidades periféricas de grandes e médios centros urbanos) organizam-se socialmente de tal maneira, com códigos próprios de convivência, que é como se, espontaneamente, existissem dois direitos: um estatal e um informal. E "na marginalidade penal", porque em centros urbanos há comunidades que vivem sob as regras do crime organizado (mesmo não fazendo ou não querendo fazer parte dele); e, em certas regiões rurais, há, por um lado, o domínio da força de grandes proprietários, através de seus capangas, por vezes afrontando as regras estatais; e, por outro lado, nos movimentos de trabalhadores rurais (sobretudo ligados ao MST), há regras próprias de

da sociedade civil, o que fortaleceria a própria consciência subjetiva da responsabilidade social cidadã.

O fato é que, diante da crise jurídica contemporânea, o garantismo jurídico, crê-se, representa um "modelo normativo de Direito" possibilitador de que se recondicionem as teorias e as práticas que perpassam as estruturas políticas e jurídicas vigentes, vinculando-as a valores superiores¹⁸ para a convivência humana. Com isto, possibilitam-se novas perspectivas para as práticas jurídicas, práticas elas mesmas recondicionadas (ao menos recondicionáveis) frente a esses valores superiores.

1.2 - O GARANTISMO COMO TEORIA JURÍDICA

O pensamento garantista é, então, ~~construído com o intuito de superar o descompasso entre o conjunto de normas estatais e as práticas jurídicas que deveriam estar baseadas nelas.~~ Afinal, vê-se cotidianamente que os diversos operadores do Direito atuam de maneira descompassada com quaisquer valores éticos que estejam insertos nas regras jurídicas, ou escolhem suas justificações éticas sem uma sistematização de pensamento direcionada à centralidade do ser humano. Por outro lado, os cidadãos em geral têm como base de suas condutas

convivência interna (no próprio grupo) e externa (com a sociedade), por vezes afrontando as regras estabelecidas pelo Estado.

¹⁸ Conforme exposto adiante, no quarto capítulo.

interesses individualizados, atomizados, em que os valores éticas contidos nas normas jurídicas pouco ou nada são considerados.

Ora, o Direito, como conjunto de normas (normas e normas-princípio – em especial as legisladas) reguladores das relações sociais, juridicamente condiciona o cotidiano das pessoas. Porém, tal se dá através de *juízos normativos de dever ser*, através de juízos hipotéticos futuros. A questão que se põe diante disso é 'como se pode garantir que tais juízos sejam não só formalmente eficazes (vigentes), mas sejam também juridicamente válidos¹⁹ e jurídica e socialmente efetivos?'. Mais, ainda: 'como se pode garantir que a efetividade de tais juízos esteja juridicamente centrada no ser humano?'. É nesse contexto que Ferrajoli argumenta que

"uma característica estrutural e empírica - o defeito, mas também, aparentemente de forma paradoxal, o maior valor - dos estados constitucionais de direito: a virtual ilegitimidade do direito vigente em virtude da divergência entre normatividade e efetividade, entre dever ser e ser do direito"²⁰.

Desta forma, o direito vigente (enquanto direito 'formal') para se constituir legítimo frente ao estado constitucional de direito deve estar submetido ao plano substancial do direito, à validade material das normas

¹⁹ Ao se utilizar as expressões 'vigentes' e 'válidos' já se está recorrendo à a idéia de validade desenvolvida por Ferrajoli, caracterizadora específica do garantismo, a qual será analisada adiante.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo.y la filosofia del derecho*, p. 46.

jurídicas. o que dependeria não só da forma como as normas fossem produzidas, mas também de seu conteúdo ser produzido com coerência com as normas constitucionais.

Partindo, assim, da idéia de que o Direito é fundamentalmente um campo normativo de regulação da vida humana, o garantismo empreende uma crítica profunda a respeito das estruturas teóricas e políticas que condicionam o Direito. Nisto, mergulha no redimensionamento das categorias jurídicas que fundamentam a prática jurídica. Como bem salienta Alexandre da Maia,

“o garantismo seria, no entender de Ferrajoli, uma forma de direito que se preocupa com aspectos formais e substanciais para que o direito seja válido. Essa junção de aspectos formais e substanciais teria a função de resgatar a possibilidade de se garantir efetivamente, aos sujeitos de direito, todos os direitos fundamentais existentes.”²¹.

Para que se possa, porém, aprofundar os conceitos da teoria jurídica garantista, deve-se inicialmente compreender a acepção da palavra garantismo²². Ela poderia ser entendida sob três óticas. Primeiramente, seria um “*modelo normativo de direito*”, baseado no princípio da legalidade. Compreenderia três aspectos: epistemológico, político e jurídico. No plano epistemológico, funcionaria como um sistema de poder mínimo; no plano político, como uma técnica de tutela capaz de diminuir a violência.

maximizando a liberdade: no plano jurídico, como uma vinculação às possibilidades punitivas do Estado na garantia dos direitos dos cidadãos.

Numa segunda ótica, o garantismo seria uma "*teoria do Direito*". Ele se constituiria como uma teoria da validade e da efetividade do direito normativo. Neste caminho, trata-se de demonstrar que validade e efetividade são coisas distintas entre si (como também seriam distintas em relação aos tradicionais conceitos de 'existência' e 'vigência')²³ - numa perspectiva que é crítica mas que mantém a distinção entre os campos de 'ser' e do 'dever ser'.

Por fim, seria, também, uma "*filosofia da política e do Direito*". Nesse sentido, o garantismo seria uma justificativa externa dos parâmetros jurídicos adotados internamente pelos Estados. Através deste raciocínio, Direito e Estado são considerados instrumentais (em vez de fins em si mesmos, meios para a realização de valores).

Tais acepções da palavra garantismo dão o impulso para a construção de uma teoria geral do garantismo, com ênfase na teoria do Direito, pela qual seria o garantismo, por decorrência, uma *teoria geral do Direito*. Segundo Ferrajoli, tais acepções

"delineiam, efetivamente, os elementos de uma teoria geral do garantismo: o caráter vinculado do poder público no Estado de Direito; a diferença entre validade e vigência

²¹ MAIA, Alexandre da. *Ontologia jurídica – o problema de sua fixação teórica (com relação ao garantismo jurídico)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 94.

²² Conforme FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995, pp. 851-854.

produzida pelos desníveis de normas e um certo grau irreduzível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a correspondente diferença entre justiça e validade: a autonomia e a precedência do primeiro ponto de vista e um certo grau irreduzível de ilegitimidade política das instituições vigentes com respeito a ele."²⁴

Interessa, em especial, destacar-se o garantismo enquanto teoria geral do Direito, no que se consagra - como adiante se verá - como o instrumental teórico adequado à garantia jurídica contemporânea dos direitos humanos frente à globalização. Nisto, é fulcral a diferenciação feita por Ferrajoli entre vigência e validade normativas, a qual servirá de referência para a discussão do papel a ser desempenhado pelos direitos humanos no sistema jurídico.

1.2.1 – Vigência e Validade Garantistas

Ao se abordar o garantismo como teoria jurídica, deve-se salientar que a crise do Direito, antes mencionada, é, também, uma crise de racionalidade jurídica, uma crise dos parâmetros jurídicos operacionais do Direito.

²³ Adiante as definições serão desenvolvidas e diferenciadas. Pode-se, no entanto, de imediato afirmar que, no garantismo, vigência, validade e efetividade são coisas diversas.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 854.

Vale lembrar que é o ideal de uma pretensa racionalização jurídica que permite configurar o Direito contemporâneo como um sistema de garantias constitucionais pré-ordenadas para a tutela dos direitos humanos. Afinal, se o Direito há de ser uma marca de que os seres humanos são capazes de coexistir socialmente de maneira diversa dos animais (como já se observou nos capítulos anteriores), a sistematicidade jurídica deve ser racionalmente centrada no ser humano (o que, como já se demonstrou, significa ser centrada na garantia a todos de condições mínimas de existência no mundo), operacionalizando-se (ao menos potencialmente) em função disto.

É o ideal de uma pretensa racionalização jurídica que justifica a *sobreposição do dever ser ao ser*, impondo os direitos humanos como *direito sobre o direito*. Com isso, os direitos humanos se impoem como condições de validade material das demais normas jurídicas, como modelos axiológicos que atuam - ou devem atuar - como vínculos e limites jurídicos a toda a produção normativa (emendas constitucionais, leis, medidas provisórias, atos normativos administrativos, sentenças), a toda atividade de interpretação jurídica (estatal ou não estatal) e a toda atividade de aplicação do Direito (estatal ou não estatal).

Esta, aliás, é uma precípua característica do modelo garantista de análise do direito: o direito contemporâneo programa suas formas de validade normativa formal, unindo as regras de competência e de procedimento para a formação das normas. A isso é indispensável se agregar a determinação dos

conteúdos jurídicos substanciais superiores e necessários. o que pelo garantismo se dá com os direitos humanos.

Por outros termos. além de se analisar a *validade formal* (procedimento e competência de produção das normas) de qualquer norma. deve se analisar também - pois estão constitucionalmente predispostos os conteúdos mínimos a respeitar - a *validade material* das normas, sua adequação aos princípios e valores fundamentais da Constituição, e esta última análise impositivamente compreende a adequação aos direitos humanos. Por conseguinte, embora se deva distinguir validade formal e validade material, as duas idéias são indispensáveis para a exata compreensão e dimensionamento do Direito no plano do 'dever ser' e para sua transformação - pela transformação das práticas jurídicas - no plano do 'ser'.

Para discernir adequadamente validade formal e validade material, Ferrajoli restringe a validade formal à expressão *vigência*: resguardando a expressão *validade* para aquilo que acima designou-se validade material.

A noção de validade garantista talvez seja o ponto mais polêmico do garantismo enquanto teoria geral do Direito. pois sua formulação mexe com noções tradicionais, arraigadas nas concepções jurídicas contemporâneas. Assim, antes de aprofundar o pensamento garantista de validade, deve-se fazer algumas observações sobre a concepção tradicional de validade na teoria do Direito.

1.2.1.1 - Validade Normativa em Concepções Tradicionais

Numa teoria formalista do Direito (Kelsen mais intensamente, Bobbio mais tenuamente), a validade normativa se confunde com a circunstância de a norma pertencer ao ordenamento, ou seja, com a sua validade formal. Conseqüentemente, a validade normativa está confundida com a vigência das normas: se a norma existe juridicamente enquanto norma, sendo formalmente apta a emanar os seus efeitos, ela é válida.

Hans Kelsen é um autor paradigmático para a compreensão de tal idéia; afinal, ele pode ser considerado como um dos juristas que mais influenciou o Direito contemporâneo, seja pela adoção ou seja pela contestação de suas idéias. No desenvolvimento de sua teoria sobre o sistema jurídico, ele formula a idéia de *nomodinâmica*, partindo da idéia de que as normas estariam escalonadas em uma estrutura hierárquica. O Direito regula ele próprio a sua criação, de forma de que a validade das normas (processo formal de fundamentação da validade) estaria vinculada a elas *derivarem* de outras normas 'superiores'. De outra parte, a *fundamentação* de uma norma em outra, no seu conteúdo material, deve também seguir uma linha hierárquica.

A partir disso, Kelsen propõe a idéia de uma pirâmide hierárquica, em que *o topo normativo formal seria a Constituição do país* - a partir dela, poder-se-ia realizar-se um processo de *derivação* que passaria por normas intermediárias (constituições estaduais, leis ordinárias, leis complementares etc) e chegaria aos atos normativos 'últimos', mais 'baixos' na escala hierárquica: sentenças e atos administrativos em geral.

Uma norma superior possibilita, então, a existência e validade jurídica (formal) das normas inferiores²⁵. No dizer de Kelsen.

“uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, em confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.”²⁶.

Já Herbert Hart²⁷ parte da idéia de que o sistema jurídico é composto por regras primárias (de obrigação), que dizem respeito ao que os indivíduos devem ou não fazer, e por regras secundárias (de reconhecimento, de alteração e de julgamento²⁸), que dizem respeito ao modo como as regras primárias podem ser determinadas, criadas, eliminadas ou alteradas²⁹. Sua noção de validade normativa está ligada ao papel de tais regras de reconhecimento, de maneira tal que "a afirmação de que uma regra concreta é válida significa que ela satisfaz todos os critérios facultados pela regra de reconhecimento."³⁰. Além disso, a afirmação da validade de uma norma pressuporia primeiramente que

"uma pessoa que afirma com seriedade a validade de certa regra de direito dada, por exemplo, uma lei concreta, faz

²⁵ Importa perceber que em Kelsen não há real diferença entre vigência e validade: a validade é identificada com as condições de vigência das normas. Em sentido diverso, veja-se FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*.

²⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 205.

²⁷ HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

²⁸ Na realidade, para Hart as regras de alteração e de julgamento são uma 'sub-espécie' das regras de reconhecimento (HART, Herbert. *O Conceito de Direito*, pp. 105-107).

²⁹ HART, Herbert. *O Conceito de Direito*, pp. 103-109.

³⁰ Idem, p. 114.

ela própria uso de uma regra de reconhecimento que aceita como apropriada para identificar o direito. Em segundo lugar, sucede que esta regra de reconhecimento, nos termos da qual ela aprecia a validade de uma lei concreta, é não somente aceite por ela, mas é a regra de reconhecimento realmente aceite e empregue no funcionamento geral do sistema."³¹

É de se perceber que, a par de diferenças existentes entre os pressupostos teóricos, a idéia de validade de Kelsen e de Hart passam por um mesmo aspecto: embora por caminhos diversos, dimensionam a validade como validade formal.

Em especial em Kelsen, ao abordar a questão da validade normativa no tempo e no espaço, há, como bem afirma André Copetti,

“um claro embaralhamento entre as categorias conceituais da existência e da vigência, com a categoria da validade. A categoria conceitual da teria da validez normativa que dispõe sobre a relação espacial e temporal da norma não é a da validade, mas sim, a da vigência. Uma norma, (...) pela teoria garantista, vige em determinado território por determinado tempo, sendo, por outro lado, válida em

³¹ HART, Herbert. **O Conceito de Direito**, p. 120.

relação a um conteúdo de uma norma superior que por ela não pode ser violado.”³².

Vale apontar aqui a crítica de Ferrajoli ao pensamento kelseniano no que respeita à validade:

“A noção kelseniana de ‘validade’, durante muito tempo dominante entre os teóricos do direito, como ‘existência’ ou ‘pertencer’ de uma norma ao ordenamento em virtude da simples conformidade formal do ato normativo em relação às normas de procedimento sobre sua produção, pressupõe (e resulta, em tal sentido, adequada para explicar) um sistema de direito positivo unidimensional baseado na onipotência do legislador”³³.

Com isso se aponta, por um lado, como falha a teoria formalista da validade, e, por outro lado, indica-se que a teoria garantista apresenta formulações teóricas capazes de superar esses problemas.

³² COPETTI, André. **Direito Penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria de Advogado, 2000, p. 140.

³³ FERRAJOLI, Luigi. **El garantismo y la filosofía del derecho**, p. 58. Salienta Ferrajoli, ainda, que “um conceito deste tipo não poderá dar conta da estrutura dos sistemas jurídicos complexos que comportam as atuais democracias constitucionais, para cuja explicação a noção de ‘validade’ das normas deverá incluir também a coerência de seus conteúdos ou significados com os princípios de caráter substancial enunciados na Constituição, como o princípio de igualdade e os direitos fundamentais, e deverá admitir, portanto, a possibilidade de normas formalmente vigentes e, entretanto, substancialmente inválidas.” (p. 58).

1.2.1.2 - Vigência no Garantismo

Para o garantismo, deve-se distinguir claramente dois âmbitos normativos: a âmbito de vigência normativa e o âmbito de validade normativa. Pelo primeiro, identifica-se (como se viu antes) a validade formal das normas; pelo segundo, identifica-se sua validade material. Com a validade formal se está designando a vigência normativa no tempo e no espaço; com a validade material está se designando uma relação de conformidade de conteúdos normativos.

Para se dimensionar a completa caracterização de todas as potencialidades das normas, é imprescindível que elas satisfaçam os requisitos de vigência. Assim, o primeiro pressuposto da validade das normas no sistema jurídico é que elas sejam vigentes, atendendo aos seus requisitos formais de criação e existência jurídicos (de competência de quem as cria e de procedimentos adequados para a sua criação).

Ocorre que, para além de tais dimensões formais, a coerência de conteúdo é também um requisito sistemático de validade: se a norma editada ~~contrariar o conteúdo de uma norma que lhe é superior, mesmo sendo vigente~~ será ela ~~inválida~~. A norma deve, portanto, estar conformada ao conteúdo técnico e valorativo de normas que lhe são hierarquicamente superiores, além de estar conformada ao conteúdo técnico e valorativo do conjunto de normas componentes do sistema jurídico. A relação de validade é, portanto, uma relação jurídica que soma as formas de produção normativa (seus *pressupostos*

de vigência) com os conteúdos vinculatórios da produção normativa (seus *condicionantes materiais de validade*).

Assim, não se pode confundir *vigência normativa* (que está afeta à existência formal da norma no mundo jurídico, à sua aplicabilidade *jurídica a priori*) com *validade normativa* (que está afeta aos significados da norma e à sua coerência e compatibilidade com os conteúdos que lhe são prévios e prevalentes – à sua aplicabilidade jurídica *a fortiori*). Como bem ensina Ferrajoli,

"para que uma norma exista ou esteja em vigor é suficiente que satisfaça as condições de validade formal," (de vigência) "condições que fazem referência às formas e procedimentos do *ato normativo*, assim como à competência do órgão de que emana. Para que seja válida se necessita, ao contrário, que satisfaça também as condições de validade substancial, que se referem a seu conteúdo, ou seja, a seu significado."³⁴

Há de se ressaltar, também, que a validade normativa não é condicionada e não se confunde nem com a eficácia (de cumprimento da norma por seus destinatários e de sanção imposta quando de seu descumprimento), nem com a efetividade, nem com a eficiência normativa (que a norma seja apta

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 874.

a atingir os objetivos que justificaram sua criação). Estas são já decorrências de normas válidas, e não o contrário.

Tais análises dos aspectos de vigência e validade das normas levam à possibilidade de formulação de juízos de vigência e juízos de validade. Ou seja, possibilitam analisar o procedimento de criação/existência de uma norma dentro do sistema jurídico e afirmá-la vigente. Ou de analisar uma norma vigente em suas relações de conformidade de conteúdo com outras normas do sistema e afirmá-la válida. Aqui importa ressaltar que

"enquanto as condições formais da vigência constituem requisitos de fato, em ausência dos quais o ato normativo é imperfeito e a norma ditada por ele não chega a existir, as condições substanciais de validade, e de maneira especial as da validade constitucional, consistem normalmente em respeito a valores - como a igualdade, a liberdade, as garantias dos direitos dos cidadãos - cuja lesão produz uma antinomia, vale dizer, um conflito entre normas de conteúdo ou significado incompatível.³⁵".

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. p. 874. No mesmo sentido Peña Freire, sob influência de Ferrajoli, que afirma que um juízo de vigência "refere-se à constatação da simples existência de uma norma no ordenamento jurídico. É um juízo de fato ou técnico, pois se limita a constatar que a norma cumpre os requisitos formais que lhe são exigíveis e, como tal, é suscetível de ser declarado verdadeiro ou falso. Frente a isto, o juízo de validade refere-se não à forma da norma, mas sim a seu conteúdo, e afeta à relação da norma com as determinações existentes em níveis superiores do ordenamento: sua vinculação a valores e princípios constitucionais é o que motiva que, em qualquer caso, seja um juízo complexo mas de caráter jurídico, interno ao ordenamento, e não moral ou político." (FREIRE, Antonio Manuel Peña. **La garantía en el estado constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997, p. 98).

Nesse contexto, a vigência, como aspecto formal da validade, envolvendo competência e procedimento de criação das normas, caracteriza-se com o cumprimento de alguns requisitos específicos. Nessa linha, José Luis Serrano, confesso seguidor de Ferrajoli, explicita que para decidir se uma norma está vigente (se existe como regra jurídica que pertence a um determinado sistema jurídico) é necessário realizar as seguintes comprovações: a) que hajam sido promulgadas pelo órgão competente; b) que se tenha observado o regular procedimento estabelecido para a promulgação de normas; c) que a norma tenha vigência com relação ao sujeito; d) que a norma tenha vigência territorial; e) que a norma não haja sido derogada ou que tenha vigência no tempo.³⁶

Vale dizer, a criação de normas, para que sejam vigentes, deve ser procedida por um *órgão competente* para tal fim. Assim, um juiz ao emitir a norma concreta que é a sentença deverá ser juridicamente competente para isso; os órgãos da Administração Pública que emitirem normas administrativas (decretos, portarias, regulamentos) deverão ser juridicamente competentes para isso; o órgão legislativo que criar leis deverá ser juridicamente competente para isso.

Além disso, há no sistema jurídico uma hierarquia de normas, em que *normas superiores fixam regras para que sejam criadas outras normas*. Tais regras designam primariamente as já referidas competências. Mas designam,

³⁶ SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia – la aportación garantista a la teoría de la*

também, procedimentos específicos para a criação de normas, os quais deverão ser observados sob pena de tais novas normas não terem vigência.

As normas, como componentes do sistema jurídico, é que determinam quais as condutas humanas, as práticas institucionais públicas ou privadas, que por elas serão atingidas. Ou seja, embora abstratas, *as normas determinam o objeto material de sua vigência*.

Sob o aspecto de dirigir-se ao sujeito, que pode ser designado como *âmbito de vigência pessoal*, não se deve confundir o sujeito jurídico com o sujeito físico. O que é indicado normativamente é um sujeito que poderá ser atingido pela vigência da norma (como ocorre, por específico, com as pessoas jurídicas).

No que respeita ao âmbito de vigência espacial, importa frisar que não se trata necessariamente de espaço físico - melhor se define como *espaço simbólico*. Ou seja, o enunciado, para constituir-se como elemento componente da norma, deve ser direcionado para a incidência sobre um espaço, determinado ou indeterminado, no qual está destinado a surtir seus efeitos.

Enfim, no que respeita ao fator tempo, *as normas dirigem-se ao futuro*, para regular fatos, estabelecer direitos ou regular situações e relações discutidas no passado.

Com a combinação positiva desses seis critérios, pode-se afirmar que uma norma apresenta as características de vigência. O que se tem, entretanto, é

que, segundo a concepção garantista, a vigência não indica necessariamente a validade de uma norma. Dito de outro modo, para que uma norma seja válida, precisa ser vigente; mas nem toda norma vigente será válida. Ou seja,

"as normas poderão ser *vigentes mas inválidas*, com o que 'direito vigente' e 'direito válido' não coincidem. A *vigência* refere-se simplesmente à constatação de que a norma está contida em um texto normativo não anulado e pode, por conseqüência, ser aplicada mediante decisões válidas a respeito dela."³⁷.

Como se verá adiante, a noção de validade garantista é de profundo interesse para a efetivação dos direitos humanos, ao menos num plano jurídico. Ela fundamentará a idéia de que os direitos humanos servem como condicionantes da validade das demais normas do sistema jurídico.

1.2.1.3 - Validade Normativa no Garantismo

A verificação de que uma norma seja vigente (nos termos já expostos, de que uma norma 'possua validade formal') não resolve os problemas normativos do sistema jurídico. Afinal, tendo-se em conta a idéia de sistema exposta anteriormente (conforme capítulos segundo e terceiro), importa que se vá bem adiante dos aspectos de validade formal, pois o sistema jurídico - para que mereça a categorização como 'sistema' - não prescinde (ao contrário) de

³⁷ FREIRE, Antonio Manuel Peña. **La garantía en el estado constitucional de derecho**, p. 97.

conexões de conteúdo que o condicionem efetivamente. E tais conexões de sentido dão-se no plano das questões referentes à validade (validade material, conteudística).

Neste sentido, a concepção garantista de Ferrajoli sobre validade traz contribuições singulares à teoria jurídica. Primeiramente, porque aprofunda a idéia de que há uma sensível diferença entre validade normativa formal e validade normativa material. Além disso, aposta, ao vincular a validade material a juízos jurídicos valorativos, na idéia de um sistema jurídico aberto axiologicamente - mas em que a axiologia faz parte do universo normativo (não se restringindo a meros juízos filosóficos ou sociológicos). Enfim, porque relaciona os condicionamentos de validade material à Constituição, e, em especial, aos direitos humanos básicos constitucionalizados ('direitos fundamentais').

Como se viu, para o garantismo deve-se distinguir o âmbito da vigência normativa (validade formal) do âmbito da validade normativa (validade material). O primeiro estaria baseado em juízos de vigência, de que uma norma é juridicamente aplicável num determinado tempo e num determinado espaço, que seriam ao final juízos de fato. Por sua vez, o âmbito da validade estaria baseado em juízos de validade do conteúdo normativo, que seriam ao final juízos axiológicos de direito.

Explique-se: um juízo de vigência indica que a norma foi editada pela autoridade competente para editá-la, seguindo o procedimento adequado para a sua criação, e que tal norma é aplicável em termos espaço-temporais. Traduz-

se, assim, como um juízo sobre o fato de criação da norma, sobre como ela foi criada e sobre a possibilidade de que ela seja aplicada.

É bom que se alerte que tal não significa que o juízo sobre a vigência não seja concomitantemente um juízo de direito: será também, pois indicará que a competência e o procedimento para criação de uma norma são, juridicamente, 'x' e 'y'. Ocorre que, em termos finais, tal juízo indica um fato: a norma vigente³⁸ foi criada por quem era competente para tanto e seguindo o procedimento adequado, enquanto que uma norma não vigente não foi criada por quem era competente para tanto, ou não seguiu os procedimentos adequados. Perceba-se, de outra parte, que até aqui não se fez menção ao conteúdo normativo.

Por sua vez, um juízo de validade indica exatamente tal menção ao conteúdo. Significa que uma norma vigente tem significado jurídico compatível com as normas dentro do sistema jurídico que lhe são superiores, em especial com as normas constitucionais, e com o próprio sistema jurídico como um todo. Trata-se de um juízo que em termos finais redundaria afirmar que a norma é compatível com as normas constitucionais que consagram os direitos humanos básicos, com eles está numa relação de coerência.

Importa frisar que os juízos de validade devem ser construídos dialeticamente, num constante processo de valoração dos significados normativos, adequando os conteúdos normativos às multiplicidades de sentido

das hipóteses de incidência normativa. Evidentemente, em tal processo parte-se de *pontos fixos*³⁹ - valores superiores constitucionalmente consagrados -, cujo âmbito de significação define-se dialeticamente.

Ou seja, a idéia de validade consiste numa relação jurídica complexa, que variará em cada momento do sistema jurídico, pois

"no caso do Estado constitucional de direito, se a validade é uma função que permite a conexão de cada norma com o resto do ordenamento, haverá que se admitir que a validade das normas está submetida a variações e mutações devido a suas relações com os valores e princípios constitucionais e, particularmente, a partir das exigências derivadas da garantia jurídica."⁴⁰

Trata-se, portanto, de um juízo valorativo, condicionado dialeticamente, mas indefectivelmente jurídico (porque com base normativa e efeitos no mundo jurídico):

"o juízo de validade refere-se não à forma da norma, mas sim a seu conteúdo, e afeta à relação da norma com as determinações existentes em níveis superiores do

³⁸ Importa frisar que, embora o foco principal esteja em normas legisladas (contidas em leis), englobam-se em tal idéia todas as normas jurídicas formais (além das leis em suas diversas espécies, os atos administrativos e as sentenças).

³⁹ A expressão 'pontos fixos' não quer indicar pontos imutáveis, mas tão somente pontos de referência localizados - 'fixados' - em normas superiores (especialmente normas constitucionais). Vale dizer, tratam-se de pontos de referência necessária, com conteúdo não imobilizado historicamente - ao contrário, conteúdos constantemente reconstruídos historicamente.

⁴⁰ FREIRE, Antonio Manuel Peña. **La garantía en el estado constitucional de derecho**, p. 96.

ordenamento: sua vinculação a valores e princípios constitucionais é o que motiva que, em todo caso, seja um juízo complexo mas de caráter jurídico, interno ao ordenamento, e não moral ou político."⁴¹.

É, assim, relevante afirmar que a análise da validade de uma norma, mesmo fazendo-se através de juízos valorativos, é uma análise realizada no plano jurídico. Indica que a norma - frente a outras normas que contêm o significado, o conteúdo que embasa essa valoração - está legitimada por sua compatibilidade e coerência material, de conteúdo.

Vale ressaltar, ainda, que também há diferença na relação da vigência normativa e da validade normativa com o fator tempo (a duração de cada uma no mundo jurídico). Isso porque

“o tempo da vigência é linear no sentido de que ela se expressa somente como continuidade ou descontinuidade de obrigações. Por sua vez, o tempo da validade é simbólico no sentido de que se permite atuar como se não tivesse limites. A vigência de uma norma começa um dia e se pressupõe até que cessa para tudo que estiver abarcado por seus domínios espaciais, objetivos e subjetivos. (...) a vigência, uma vez provada, é pressuposta para todo caso análogo. Enquanto isso, a

⁴¹ FREIRE, Antonio Manuel Peña. **La garantía en el estado constitucional de derecho**, p. 98.

validade nunca se dá por descontada para todo caso e tem que ser construída por cada intérprete e em cada caso.”⁴².

Enfim, os juízos de vigência normativa são juízos binários (vigente ou não vigente) e juízos fáticos, enquanto que os juízos de validade normativa podem ser múltiplos (válida, parcialmente válida/parcialmente inválida, inválida, contextualmente inválida, contextualmente válida). Eles despertam-nos, entretanto, para uma reflexão (que diz respeito às próprias possibilidades do Direito no mundo) a respeito do grau de cumprimento e aplicação das normas jurídicas no meio social - vale dizer, do seu grau de efetividade social.

1.2.2 - Eficácia e Efetividade no Garantismo

Procedida a análise dos problemas de vigência e validade normativas numa ótica garantista, deve-se passar à uma análise correlata, mas situada num plano diverso: a diferença entre eficácia e efetividade. Aqui novamente se verificará que o garantismo propõe noções diferenciadas daquelas a que o pensamento jurídico se acostumou nas últimas décadas. Tal se dá basicamente pela distinção entre eficácia normativa (eficácia jurídica, aplicabilidade) e efetividade normativa (eficácia social).

Primeiramente, é de se observar que as normas vigentes e válidas dentro de um determinado sistema jurídico poderão ser legitimamente aplicadas à

⁴² SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia – la aportación garantista a la teoría de la*

sociedade como um todo. Ao se falar em 'poderão ser' significa que tais normas possuem 'aplicabilidade', ou seja, *eficácia jurídica*.

Ou seja, a eficácia traduz-se como 'eficácia jurídica', como aplicabilidade. Toda norma vigente é, a princípio (porque dependerá, ainda, ao final, de sua validade), hábil a ser aplicada a casos concretos. Tal aplicabilidade pode ou não se sustentar juridicamente, dependendo de que a norma receba juízos positivos (válida) ou negativos (inválida) de validade, totais ou parciais.

Ilustrativamente, cite-se Marcos Bernardes de Mello, ao explicar a idéia de existência da norma, distinguindo-a da vigência:

"o que, dessarte, distingue a norma simplesmente existente da norma jurídica vigente é, exatamente, a possibilidade de incidir sobre seus pressupostos fáticos quando concretizados, subordinando-os ao sentido que lhes impõe. Daí se conclui que é a eficácia que garante a vigência."⁴³.

Parte ele da idéia de que a existência da norma no ordenamento é garantida por sua publicação - se a norma chegar a este ponto será juridicamente existente. A vigência (sua validade formal) é garantida pela referida aplicabilidade em tese (eficácia jurídica) da norma, que se dará após o período de *vacatio legis*.

Ora, neste ponto se está, com a vigência, naquilo que tradicionalmente é considerado plano de validade (formal, nos termos antes adotados) e que, no garantismo traduz-se simplesmente como vigência. Ou seja, uma norma é vigente se foi editada por quem tinha competência para tanto, seguindo os procedimentos prescritos para sua elaboração (incluindo-se, quando necessário, o período de publicização chamado *vacatio legis*). É vigente a norma, pois, se ao menos primariamente (insista-se com a necessidade do juízo de validade) possui eficácia jurídica ('aplicabilidade').

Para além disso, porém, é necessário que se indague se as normas vigentes possuem *efetividade no meio social*. E isto sob dois aspectos: se as normas atingem os seus objetivos específicos; se as normas contextualmente contribuem para que o sistema jurídico atinja seus objetivos. Partindo-se daí, pode-se indagar se o sistema jurídico é efetivo no meio social - e se, para tanto, disponibiliza os instrumentos para que aqueles que o aplicam atuem de maneira a efetivá-lo.

Ao se questionar *se as normas atingem seus objetivos específicos*, traz-se à tona o caráter insitivamente teleológico de qualquer conjunto de normas – e das próprias normas isoladamente. Uma norma sempre é criada em função de um determinado fim a ser atingido, direta ou indiretamente. Uma norma de direito civil, que fixe critérios para distinguir união estável e concubinato, tem como finalidade 'proteger' de maneira semelhante ao casamento a união

⁴³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico (plano da existência)*. 8. ed. São

estável, considerando ela entidade familiar e o concubinato não. Uma norma que fixa um prazo recursal tem por finalidade evitar que os processos possam se prolongar indefinidamente no tempo. Uma norma constitucional que determina a igualdade de direitos entre homens e mulheres tem por finalidades evitar discriminações decorrentes do gênero e estimular relações paritárias no meio social. E assim se poderia seguir ilimitadamente, norma a norma.

Por decorrência lógica, o primeiro aspecto da análise da efetividade de uma norma é a verificação de estar tal norma atingindo a finalidade para a qual foi criada, ao menos medianamente. Ressalte-se que o atingimento das finalidades normativas não significa – nem poderia – que a norma satisfaça plenamente aquilo a que se destina, mas sim que sua aplicação (tanto positiva – aplicação da norma a uma situação jurídica – ‘quanto negativa’ – que a norma seja respeitada de modo que não se produzam situações que a contrariem) contribui para aproximar o direito deste(s) objetivo(s).

Tem-se como bom exemplo a já mencionada norma constitucional de igualdade entre homens e mulheres: sua aplicação positiva e negativa não produziu nem irá produzir a igualdade, mas tem contribuído para que se evite a desigualdade baseada no gênero.

Além desse aspecto, há de se observar, no plano da efetividade, *se as normas contribuem para que o sistema jurídico contextualmente atinja seus objetivos*. A norma não está isolada em relação aos objetivos que traduz, pois

como se viu antes elas se encontram – queira-se ou não admiti-lo – encadeadas sistematicamente. E como antes se salientou, tal encadeamento ocorre através de duas principais matrizes de conteúdo: os valores superiores que as normas traduzem e aos quais estão conectadas e as finalidades sistemáticas a que as normas devem ser direcionadas.

Por decorrência, a análise da efetividade normativa inclui a verificação de estar a norma contribuindo, contextualmente com outras normas, para que determinadas finalidades principais do sistema sejam atingidas. Evidentemente, isso pressupõe que o sistema, quanto ao conjunto de normas com finalidade geral comum, seja efetivamente cumprido no meio social. Assim, para se verificar a efetividade de uma norma sobre igualdade é necessário que se verifique se as diversas normas atinentes à igualdade estão sendo atendidas, cumpridas e aplicadas⁴⁴.

De tal modo, pode-se formular juízos de efetividade sobre as normas, afirmando-as como efetivas ou inefetivas. Uma norma será efetiva caso suas finalidades – individuais e contextuais – sejam predominantemente atingidas. Uma norma será inefetiva quando suas finalidades – individuais e contextuais – predominante não sejam atingidas.

⁴⁴ Insista-se: isso não significa que não haverá desigualdade, mas que as normas de igualdade estarão contribuindo para evitar a desigualdade.

1.3 – DO GARANTISMO À VIDA COTIDIANA

A teoria jurídica garantista liga-se umbilicalmente à concepção garantista de democracia, em que se parte da idéia de que os seres humanos são insitamente conflituos entre si, mas que a tais conflitos é possível se impor um limite – o qual não precisa ser baseado na força, mas sim em valorações de tais conflitos e da própria democracia. Dessa maneira,

“a democracia é o regime político que permite o desenvolvimento pacífico dos conflitos e, nesse caminho, as transformações sociais e institucionais. Ao legitimar e valorizar por igual todos os pontos de vista externos e as dinâmicas sociais que os expressam, a democracia na realidade legitima a mudança através do dissenso e do conflito.”⁴⁵

Assim, as lutas para a otimização da estrutura e funcionamento das instituições democráticas e para a efetivação das diversas normas que garantam as condições humanas de existência mostram-se interligadas. Quanto mais umas tiverem sucesso, mais as outras poderão também alcançá-lo.

É nesse panorama que, para Ferrajoli, o Direito funciona como estrutura normativa garantidora das relações sociais, especialmente porque *potencialmente* igualiza os economicamente menos favorecidos e os

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p.p. 946-947.

economicamente mais favorecidos. Isso porque as normas jurídicas legisladas são normas formalmente *para todos*, pois impõem deveres e direitos para todos. Tal imposição formal por si só não garante nada em termos de efetividade, mas é um plano inicial que democraticamente igualiza todos os indivíduos como destinatários das normas jurídicas.

A questão que se coloca, então, é como se pode passar do plano da garantia formal para o plano da realização material de um Direito para todos. E isso conduz o raciocínio à imponderabilidade e à preponderância dos aspectos materiais de validade normativa preconizados pela teoria garantista (complementados pela concepção de efetividade). O Direito, com seu potencial igualizador, tendo nas normas jurídicas (legisladas, em especial) sua marca histórica singular, consagra valores centrais (superiores) de uma opção política institucional centrada no ser humano. E tais valores têm de condicionar a validade material de todas as normas jurídicas.

Tais valores resguardariam especialmente os direitos consagradores da centralidade do ser humano no mundo. Direitos que seriam a marca da garantia fundamental do respeito a determinadas condições mínimas de existência dos seres humanos no mundo – sustentáculos da possibilidade de efetivação da democracia.

Por decorrência, as lutas pela efetivação dos direitos humanos (fundamentais) são um vínculo de identidade entre os diversos grupos humanos atuantes na vida de cada país. Afinal,

“assim como a identidade e o valor de indivíduo como pessoa provêm de seus direitos fundamentais e da luta por sua realização. também um povo ou um movimento adquirem identidade e valor de sujeitos coletivos enquanto lutam pela afirmação de direitos fundamentais. (...) a subjetividade social dos movimentos não só não entra em conflito com a dos indivíduos que os integram como ela mesma é uma fator de sua identidade. Neste sentido, não existem povos, movimentos ou sujeitos coletivos dignos destes nomes que não se fundem na solidariedade e na comunicação entre sujeitos que se reconhecem como pessoas.”⁴⁶

Nesse contexto, percebe-se uma inevitável interconexão entre as possibilidades de realização fática do Direito e a realidade econômica, política e social subjacente. Aplicar-se o Direito sem se preocupar com a dimensão dos reflexos de tal aplicação no mundo da vida, numa perspectiva normativista asséptica, equivaleria a erguer ‘castelos de areia’, pois a vida real atropelaria um mundo jurídico totalmente dela dissociado.

Por outro lado, aplicar-se o Direito partindo de tais preocupações e o vendo apenas como um mecanismo tecnológico (não ‘conteudístico’)

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. p. 946.

relativizável, equivaleria a vilipendiar todo um conjunto de lutas populares históricas que contribuíram decisivamente para a formalização de direitos e garantias. Com isso ficaria esvaziado o potencial papel democrático que o Direito pode representar ao garantir direitos essenciais para todos e ao limitar condutas dos que se encontram ou se encontrarem no controle do poder estatal.

Por decorrência, é imperiosa a conexão entre o plano jurídico-formal e o plano jurídico-material dentro do próprio Direito (aspecto interno). Mas não é menos importante que esta primeira conexão, no seu aspecto material, traduza valores e atuações jurídicas que possibilitem que a aplicação do Direito esteja conectada à própria realidade a que ele é aplicado, e de maneira a auxiliar a transformação desta no sentido democrático - com a otimização da proteção e efetividade dos direitos humanos.

Ocorre que as últimas décadas apresentaram uma nova realidade histórica, em que os aspectos econômicos, políticos e sociais da vida em sociedade (que são por si só conflitivos) ganham características diferenciadas do que até então tinha sido visto na história da humanidade. Trata-se da globalização de mercados, alterando efetivamente o modo de vida do mundo - especialmente do mundo ocidental.

Com isso, diversos questionamentos novos vêm à tona, referentes à desterritorialização da política, à desregulamentação de direitos, à desterritorialização dos mercados econômicos, à fluidez cultural etc.

Com isso, refletir sobre a globalização de mercados - sobre o que ela é e sobre no que ela atinge a vida cotidiana - acaba sendo refletir sobre os próprios rumos que o Direito pode ou deve tomar nos próximos anos.

2) GLOBALIZAÇÃO DE MERCADOS

"Uma nova ordem se impõe, desconcertante, na medida em que as nações erigidas em Estados, até agora soberanos - pelo menos no que diz respeito aos países 'centrais', pouco acostumados a dobrar a espinha -, mostram-se cada vez menos capazes de controlar suas economias e suas moedas. Percebe-se, ao mesmo tempo, que os modos tradicionais de regulação não preenchem mais sua função. Que o direito não tem mais a mesma capacidade de assegurar a função para a qual ele havia sido erigido em modo privilegiado de regulação social."⁴⁷

⁴⁷ ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 01.

2.1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O século XX pode ser identificado como o período histórico em que ocorreram as mais rápidas e profundas mudanças no panorama político e econômico do planeta.

Nas suas *primeiras cinco décadas*, tivemos duas grandes guerras, o deslocamento do centro econômico do capitalismo da Europa para os Estados Unidos, o surgimento do comunismo a partir da União Soviética, o surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU), entre outras marcas históricas. Nesse período, dividiu-se o mundo entre duas grandes vertentes político-econômicas: países capitalistas (capitaneados pelos Estados Unidos) e países comunistas (capitaneados pela União Soviética).

Tal divisão era baseada em dois modelos econômicos bastante diversos. O modelo soviético era absolutamente centralizador, o Estado sendo, em termos efetivos, o detentor das riquezas, configurando-se como o dono das relações econômicas. O modelo norte-americano, por sua vez, era baseado na concentração de riquezas em entes privados, mas com o Estado exercendo um papel de mais ou menos centralização das decisões de acordo com o momento histórico econômico vivido pelos países.

Nas *três décadas seguintes*, emergiu como potência capitalista o Japão (como líder de um bloco econômico informal, conhecido como sudeste asiático), pequeno país em área geográfica mas com alta densidade demográfica. Tal se deu a partir de uma série de ações econômicas voltadas

para a alta produtividade, especialmente ligadas ao desenvolvimento tecnológico japonês.

Paralelamente, sobretudo na Europa (mas também nos Estados Unidos), o *Welfare State* ganhou corpo e estabilidade, dando ao capitalismo uma face mais social. O Estado teve um caráter de Estado protetor social, de forma a minimizar a concentração da distribuição das benesses do capitalismo, sem que isso tenha, entretanto, alterado a detenção e concentração de riquezas, fundamentalmente em mãos privadas.

Surgiu, ainda, no mesmo período, a 'Guerra Fria' - tensão política constante entre o bloco de países comunistas (sobretudo através da União Soviética) e o bloco de países capitalistas (sobretudo através dos Estados Unidos). Num vai e vem de ameaças explícitas ou veladas, o mundo viveu sob uma tensão latente quanto à ocorrência de uma terceira grande guerra. Tal tensão serviu para consolidar as relações econômicas de blocos (comunistas *versus* capitalistas), e foi o pano de fundo das relações econômicas internacionais desse período.

Porém, foi nos *últimos vinte anos* desse século que as mudanças ganharam uma tonalidade diferente: até então, vivera-se no mundo sob a expectativa de ocorrência de um conflito bélico entre as maiores potências econômicas e políticas. A partir da década de 80, entretanto, os conflitos mais importantes concentraram-se definitivamente no âmbito econômico. Destacasse, historicamente, o desmantelamento do comunismo mundial, marcado pela 'queda' do muro de Berlim, símbolo comunista de separação da Alemanha (de

um lado Alemanha capitalista, de outro Alemanha comunista). Com a derrocada histórica das economias planificadas do comunismo as portas para o redimensionamento internacional das trocas econômicas estavam abertas definitivamente.

Nesse panorama, começou o século XXI com economias nacionais cada vez mais fragilizadas, cada vez mais abertas e suscetíveis às interferências internacionais, cada vez mais reféns de forças localizadas para além de suas fronteiras. Trata-se daquilo que convencionou-se chamar 'globalização'.

A palavra 'globalização' atualmente é, sem dúvida, uma expressão da moda. Está presente, de diversas formas, na mídia, nas escolas, nos supermercados, nas lojas em geral, enfim, em nosso cotidiano. Pode-se ser cético, deslumbrado ou crítico quanto à idéia que tal palavra representa; mas não se pode ignorá-la.

A idéia central, porém, não é nova: internacionalização da economia. Desde o início do século XX alguns dos arautos do capitalismo já preconizavam a expansão e internacionalização do mesmo no mundo como o caminho a ser seguido. Por sua vez, os 'comunistas' denunciavam o imperialismo econômico capitalista e seus supostos efeitos nocivos para o mundo. Ocorre que se viveu durante quase todo o século sob a tensão (dialética) dos regimes capitalistas *versus* os regimes comunistas. E essa tensão não permitia um desenvolvimento efetivo da 'globalização' capitalista das economias.

Tal quadro, porém, como antes se afirmou, modificou-se a partir do início dos anos 80, com o profundo desenvolvimento tecnológico que a informática propiciou em todas as áreas, agudizando-se, sobretudo, a partir do final da década de 80, com a derrocada dos regimes político-econômicos dos principais países do 'socialismo real'⁴⁸. Sem obstáculos de ordem política, e com o instrumental tecnológico propiciado pela informática, mostrou-se aberto o caminho para o ilimitado desenvolvimento do processo globalizante das economias mundiais.)

A década de 90, portanto, viu o panorama mundial transformar-se, num rápido e irrefreado processo de inter-relação, interdependência e domínio entre as economias dos diversos países. Uma inter-relação marcada pelas trocas comerciais sem barreiras protecionistas (ao menos no seu discurso legitimante), uma dependência dos países periféricos em relação aos fluxos instáveis dos capitais internacionais e um domínio das economias 'fortes' sobre a grande maioria das economias 'fracas'⁴⁹, baseado na supremacia empresarial das primeiras frente às últimas.

Interessa perceber que o processo de desenvolvimento econômico capitalista que atualmente resulta na globalização de mercados não é novo. Suas origens remontam historicamente a séculos atrás, onde começou o

⁴⁸ Pode-se enumerar como exceções a China e Cuba. A China, no entanto, manteve a linha política 'dura', mas abriu várias brechas à internacionalização capitalista da economia.

⁴⁹ A idéia de economias fortes ou fracas considera o conjunto de aspectos que possibilitam maior ou menor poder de autonomia e maior ou menor poder de barganha frente a outros países.

desenvolvimento econômico de setores que vieram a constituir ao longo de centenas de anos o modo de produção capitalista.

Ademais, a globalização não é um fenômeno simples, meramente econômico. Isto porque ela atinge por inteiro nosso modo de vida enquanto sujeitos sociais e enquanto membros de coletividades. Altera nossos desejos, nossas perspectivas, nossos vínculos culturais e afetivos; altera a política dos países em que vivemos, torna mais complexos os problemas de distribuição de renda, redimensiona os problemas sociais que nos circundam e nos atingem.

Em virtude de sua amplitude e complexidade, para analisá-la adequadamente dividir-se-á o foco de abordagem: antecedentes histórico-econômicos; características econômicas; características políticas; características sócio-culturais da condição humana de existência no mundo e efeitos sobre o Estado contemporâneo.

2.2 – ANTECEDENTES HISTÓRICOS

O ponto de partida da realidade econômica vivida em nossos dias é impreciso quanto a datas, mas com certeza está ligado a dois fenômenos históricos que alteraram o modo do homem se relacionar no mundo e com o mundo, sobretudo a partir do início do segundo milênio (d.c.):

- o desenvolvimento de uma *rede de transportes marítimos e terrestres*;

- o desenvolvimento *de centros urbanos comerciais* (num primeiro momento) *e industriais* (após a revolução industrial).

Através desses dois fenômenos históricos, as culturas dos diversos agrupamentos sociais foram pouco a pouco - mas cada vez mais intensamente – fundindo-se. Isso contribuiu para desenvolver o conhecimento até então acumulado de alguns grupos humanos, e completar o conhecimento acumulado de outros grupos humanos. Foram tais fenômenos históricos um panorama essencial para a ascensão da burguesia ao poder e para a eclosão da revolução industrial.

Interessa, em especial, o fenômeno do desenvolvimento das *idades* (embora ligado ao desenvolvimento dos transportes), pois ele está diretamente relacionado às transformações das relações econômicas ao longo da *história*, eclodindo no panorama que se vive nos dias atuais.

2.2.1 – O Desenvolvimento das Cidades

A busca de identificação dos mecanismos que possibilitaram o desenvolvimento das cidades passa pela história das sociedades, é certo. Mas encontra sua sede em um tema especial dentro da história: a *história* econômica. Não há como cindir as transformações das relações sociais das transformações das relações econômicas. De maneira que o mais adequado é se falar, historicamente, em relações econômico-sociais.

As relações econômico-sociais há até poucos séculos atrás eram baseadas em uma relação direta do homem com os meios de produção e com os bens produzidos. Tal relação dava-se dentro de um contexto de vida econômica e social ligada ao campo, constituído em torno dos agrupamentos familiares. O principal desafio era encontrar mecanismos que possibilitassem o domínio da natureza pelo homem, utilizando-a organizadamente para a sua sobrevivência.

Assim, a análise do desenvolvimento histórico das cidades há de ter como ponto de partida a relação entre as próprias cidades, como dominantes do cenário econômico-social, e a base de vida que as antecedeu: a vida camponesa. Ou seja, para se entender a origem das cidades como hoje se as conhece, é preciso entender o papel econômico que elas desempenharam, ao se desenvolverem, frente a uma outra realidade paralela: a realidade do campo.

2.2.1.1 – Relação Campo ⇔ Cidade

A vida camponesa, como se afirmou, era, na primeira metade do 2º milênio, baseada em relações sociais que giravam em torno de círculos familiares, tendo em vista aspectos culturais e geográficos. Quanto ao aspecto cultural, o obscurantismo religioso era uma marca constante.

Quanto aos aspectos geográficos, a dificuldade de transporte de um povoado para outro é um importante exemplo. Por um lado, havia as dificuldades de locomoção das pessoas, o que ordinariamente restringia suas vidas a um espaço geográfico muito limitado. Por outro, para aqueles que se aventuravam em viagens, havia a insegurança, pelo risco de salteadores.

A realidade do campo não se vinculava, porém, apenas às limitações culturais e geográficas. Ela não era, mesmo nos tempos medievais, uma realidade apartada das relações econômicas *de classe*. Ao contrário, as divisões econômicas de classe eram uma marca forte da realidade do campo. Como afirma Singer.

“mesmo durante o desenvolvimento ‘normal’ das sociedades de classe, as relações entre as classes constituem o processo que molda a evolução da sociedade, decidindo a forma como as comunidades ecológicas se desenvolvem e se inter-relacionam, estabelecendo a bipolaridade cidade e campo apenas um efeito secundário, por assim dizer ‘superestrutural’, daquele processo básico”⁵⁰.

Mas, qual o papel do campo nesse contexto de desenvolvimento das relações econômicas? O campo era o ambiente - ecológico - no qual se desenvolviam as relações econômicas básicas, na relação do homem com a natureza, na extração de substâncias naturais para a sua subsistência e na criação de mais e mais substâncias ‘naturais’ – através da agricultura e da pecuária.

O campo era, pois, um espaço singular e diferenciado da cidade. Afinal, suas características indicavam que a realidade sócio-econômica campesina não

⁵⁰ SINGER, Paul. **Economia política da urbanização**. 14. ed. São Paulo: Contexto, 1998, p. 08.

dependia historicamente da cidade - o que só ocorreu *contemporaneamente* e em função das exigências que a própria cidade impôs ao campo⁵¹.

Os indivíduos do campo viviam de forma auto-suficiente suas vidas, no que respeita às cidades. Portanto, o campo, ao contrário da cidade.

“pode ser - e, de fato, muitas vezes tem sido - auto-suficiente. A economia natural é um fenômeno essencialmente rural. No campo se pratica a agricultura e, em determinadas condições, todas as demais atividades necessárias ao sustento material da sociedade”⁵².

Se assim o era, em função de quais aspectos deslocou-se a foco das atividades produtivas do campo para a cidade? Basicamente, pode-se afirmar que as forças produtivas desenvolveram-se na área rural de uma maneira que possibilitava um *excedente de produção*.

Ou seja, devido ao crescimento demográfico e ao pequeno - mas sensível - desenvolvimento tecnológico, a produção primária tornou-se superior às necessidades de subsistência do habitante do campo. Assim, começou a se produzir um excedente dos bens. Eis aí o primeiro motivo histórico-econômico para o surgimento da cidade - *o surgimento de condições*

⁵¹ Sobretudo através da gradativa mas crescente aglomeração humana em centros urbanos ocorrida nos dois últimos séculos, a cidade exigia do campo uma atuação voltada para a comercialização de produtos na própria cidade, gerando no campo a dependência da cidade para que sua atividade produtiva possa ser geradora de riquezas. Isso era especialmente sensível a partir da idéia de especialização da produção rural, focando-se em produção agropecuária voltada para a industrialização. A isso se voltará adiante.

⁵² SINGER, Paul. **Economia política da urbanização**, p. 09.

de induziram a produção de bens excedentes frente às necessidades de subsistência.

Este motivo teve complemento em outros dois fatores: a cidade *como resultado do crescimento dos mercados rurais*, espaço centralizador das trocas comerciais; e a cidade *como reflexo do surgimento histórico das sociedades de classes* (palco complexo das relações de classe).

No que respeita à cidade como espaço de comércio, houve dois tipos de cidade que se desenvolveram concomitantemente: a cidade-comércio e a cidade-Estado.

A cidade-comércio desenvolveu-se como espaço urbano que foi se formando em torno das áreas de comercialização do excedente da produção rural. Ela constituiu-se historicamente no espaço privilegiado das trocas comerciais - que a ela pré-existiam desordenadamente - impulsionando e estimulando tais trocas, na medida em que as centralizava.

A cidade-Estado, por sua vez, desenvolveu-se como organização de um meio urbano de vida de uma concentração humana destinada a proteger as caravanas de mercadores contra roubos e fraudes. É possível afirmar que as cidades-comércios possivelmente tiveram sua origem - ou menos seu desenvolvimento - creditável ao desenvolvimento das cidades-Estados, pois aquelas acabaram organizando-se em torno destas. Sem as garantias que as cidades-Estado geravam às cidades-comércio, estas ficariam reféns da sorte - aqueles que nelas quisessem comerciar seus bens arriscariam sem nada ficar.

Importa perceber que, com o desenvolvimento das cidades, estas passaram a ser o centro do fluxo comercial dos produtos do campo. Mais, ainda: foi na cidade - ou em torno dela - que se desenvolveram as atividades de manufaturas, com a transformação dos bens de subsistência e com a produção de bens de 'luxo' (armas, jóias etc), os quais contribuíram significativamente para o crescimento dos ganhos econômicos.

Junto a isso, desenvolveram-se as relações de produção, interligadas ao desenvolvimento dos conhecimentos e técnicas a elas aplicáveis. Neste sentido, ocorreram invenções de instrumentos de trabalho e descobertas de dados da natureza. Como bem afirma Pinsky,

“invenções e descobertas são pré-condições para a organização social do tipo urbano, que por seu lado provoca novas descobertas, mediante o processo de exploração e adequação ao meio ambiente. A cidade não apenas decorre de um determinado grau de desenvolvimento das técnicas e do conhecimento humano, em geral. Ela também impele a espécie humana a crescer.”⁵³

Pois foi a partir da constante troca de mercadorias, impulsionada pelo desenvolvimento técnico que ampliava os potenciais produtivos, e das dificuldades ímpares geradas, que veio a se desenvolver - nas cidades - o uso constante de um bem equivalente em valor a todos os outros bens: a *moeda*.

Isso possibilitou que as trocas se beseassem não apenas na relação produtos por produtos, mas sim de produtos por equivalente simbólico.

O desenvolvimento da moeda como equivalente de troca modificou totalmente os parâmetros das relações econômicas, produtivas e comerciais, pois possibilitou novas formas de acumulação dos excedentes de produção e dos ganhos de comercialização. Ou seja, a acumulação passou, pouco a pouco, a dar-se como acumulação de moeda.

2.2.2 – As Relações de Produção

Como já se ressaltou inicialmente, por muitos séculos a relação predominante do produtor com os meios de produção foi direta. A relação de produção era simples e direta: homem ↔ natureza. A atuação direta do homem sobre a natureza era que lhe garantia - mesmo considerando-se a dependência dos produtores para com os senhores feudais - a sua sobrevivência.

Ocorre que, através da dominação militar e política (incluam-se as guerras de conquista), mormente no período medieval, e através do desenvolvimento de meios tecnologicamente mais complexos de produção, passou-se a ter detentores de meios de produção que não eram somente a terra.

Já então as relações do produtor com o meio produtivo se davam em nome de outrem (o que até aí não era novidade significativa) e, sobretudo, para outrem. Não houve um período histórico preciso e definitivo como sede de tais

⁵³ PINSKY, Jaime. *As primeiras civilizações*. 19. ed. São Paulo: Atual, 1994, p. 48.

transformações, pois as realidades das diversas regiões do mundo eram muito diversas e peculiares. Mas se pode dizer que tal se deu num longo período, desde a ascensão do Império Romano até a queda de Constantinopla.

Isso foi acompanhado, historicamente, de um gradativo mas real crescimento demográfico. E esse crescimento gerou tensões, pois era preciso agregar às relações de produção indivíduos novos, o que exigiu uma transformação das relações produtivas, possibilitando a produção em massa. Isto pôs em xeque as relações de dominação estabelecidas, baseadas em autoridades monárquicas e seculares, de fundamentação ideológica baseada na tradição e na religião.

As cidades, nesse contexto, representaram um bom caminho: na medida em que se desenvolveram atividades produtivas de beneficiamento dos bens gerados no campo e de criação de novos bens, as relações de dominação econômica e política do campo encontraram seu par na cidade. Ou seja, na cidade se ratificava a lógica de dominação do campo, pois a cidade vivia em função do que era produzido no campo. Além disso, tais atividades produtivas urbanas absorviam o excedente de pessoas que não achavam seu lugar nas relações de produção do campo.

Ocorre, porém, que com isso ocorreu pouco a pouco o surgimento de uma nova classe econômica, paralela à classe dominante do campo: a classe dos produtores urbanos. E, junto a ela, emergiu aos poucos uma nova classe dominante política, cujo poder era então sediado nas cidades.

Explique-se: a aglomeração urbana gerou uma situação em que houve proximidade entre produtores e consumidores, num processo de imediatas e constantes trocas de bens. Isso facilitava a possibilidade de geração de riquezas, já que minorava os enormes problemas de transportes - originalmente transporte animal e marítimo.

Com tal circunstância, a demanda por produtos foi crescendo junto com o crescimento populacional das cidades, o que gerou um mercado em expansão contínua. O mercado em expansão impulsionou a especialização de atividades produtivas, tanto na quantidade de atividades especializadas, quanto na quantidade de bens que tais atividades deviam produzir para colocação no mercado (o que, ressalte-se, gerou incremento nos processos de acumulação de riquezas).

Por decorrência, a especialização de atividades produtivas e comerciais foi gerando a possibilidade e interesse cada vez mais intensos de trocas entre diferentes núcleos urbanos. Nesse quadro,

“as cidades entram em relação *umas com as outras*, novas ferramentas são levadas de uma cidade para outra e a separação entre a produção e o comércio não tarda a suscitar uma nova divisão da produção entre as diversas cidades, cada uma das quais logo explorará predominantemente uma ramo industrial.”⁵⁴.

⁵⁴ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. 6. ed. São Paulo: Hucitec, 1987, pp. 82-83.

O que, por necessidade lógica, gerou um incremento na rede de transportes interurbanos. Porém, para que tal se desse estavelmente era necessário que houvesse uma unidade política mínima, que evitasse - ou minorasse - os problemas dos saques e das guerras.

Com o passar dos últimos séculos do segundo milênio depois de Cristo, as economias urbanas foram se desenvolvendo e se estabelecendo como referências políticas, com os centros urbanos constituindo suas vocações específicas – alguns industriais, outros comerciais, outros políticos.

Tal situação aguçou o inter-relacionamento entre diversos centros urbanos e, conseqüentemente, entre as diversas partes de um determinado território político. É neste sentido que afirma Singer que “pode-se entender, desta maneira, como o surgimento da economia urbana, na Europa, no fim da Idade Média, coincidiu com a criação dos primeiros estados nacionais.”⁵⁵.

Ou seja, as relações de produção (e de comércio), na medida em que foram deslocando-se para as cidades, até o ponto em que a importância da cidade e do campo tornaram-se equivalentes no contexto econômico-social, desencadearam um redimensionamento gradativo das relações políticas, dentro do qual pôde emergir politicamente a classe de produtores e comerciantes - a burguesia.

⁵⁵ SINGER, Paul. *Economia política da urbanização*, p. 17.

2.2.3 – Relações de Produção, Relações de Classe e o Capitalismo

O desenvolvimento das forças produtivas da cidade - como antes se afirmou - colocou-a como centro produtor de novos bens de consumo, pelo beneficiamento de produtos de subsistência e pela manufatura de novos produtos. Tal relação produtiva gerou uma relação econômica diferente entre o campo e a cidade. Isto porque a demanda da cidade por mais mercadorias do campo (em diversidade e quantidade) aumentou. Por conseguinte, justificou-se a necessidade de aumento da produção do campo para abastecer a cidade (o que impulsionou o desenvolvimento das condições de produção, objetivando produtividade).

De outra parte, com os produtos novos gerados pela cidade, o camponês passou a ser consumidor do que era produzido na cidade, estabelecendo-se uma relação de constantes 'trocas' e, por decorrência, de múltiplas e recíprocas dependências.

A relação produtiva urbana, no entanto, foi acompanhada de um fenômeno econômico e político de especial importância na história da humanidade: a estruturação das relações de classe urbanas aos poucos gerou o desenvolvimento da classe burguesa *como classe dominante*.

A estruturação das relações de classe urbanas ganhou corpo a partir de uma relação de dominação que se desenvolveu gradativamente, em especial a partir do período medieval - acompanhando o desenvolvimento das cidades e das redes de transportes, e impulsionando as transformações das relações de

produção. Tal situação foi se tensionando (dialeticamente) com o passar dos séculos, no conflito de interesses entre as castas dominantes e os detentores dos novos espaços e meios de produção, situação que propiciou a ascensão econômica e política da burguesia.

Tais tensões se deram por duas diferentes linhas de conflitos de classe:

“de um lado, se tem a contradição entre dominadores e dominados, senhores e escravos, senhores e servos, mestres e oficiais (nas corporações) etc. Do outro, surge a contradição entre as classes dominantes dos diferentes modos de produção coexistentes na mesma sociedade e que disputam a apropriação das mesmas condições de produção (basicamente terra e força de trabalho): donos de escravos e mestres de ofício, senhores feudais e comerciantes capitalistas etc.”⁵⁶.

É nesse ambiente de tensões e conflitos que emergiu o capitalismo⁵⁷, focado na ascensão da burguesia como classe dominante e aproveitando-se da decadência histórica do feudalismo. Isso gerou uma efetiva transformação dos fluxos comerciais e produtivos, com a consolidação das inter-relações entre diversos centros urbanos num nível mundial.

⁵⁶ SINGER, Paul. **Economia política da urbanização**, p. 19.

⁵⁷ Como afirma Giddens, “o capitalismo é um sistema de produção de mercadorias, centrado sobre a relação entre a propriedade privada do capital e o trabalho assalariado sem posse de propriedade, esta relação formando o eixo principal de um sistema de classes” (GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991, p. 61).

O fato é que a classe burguesa mostrou-se mais hábil para 'descobrir' oportunidades produtivas, mais maleável para incorporar novidades técnicas ao cotidiano e mais capaz das compactuações político-econômicas que a fizeram prosperar como classe. Afinal, surgiu como uma classe a partir de uma posição periférica num mundo 'dominado' por 'nobres' decadentes, protegidos dos detentores do poder, e sustentáculos desse poder. Nesse contexto, para o desenvolvimento do capitalismo:

“a capacidade associativa da cidade medieval, ou melhor, de sua classe dominante - a burguesia - no sentido de se unir dentro da cidade contra as demais classes e de se associar a outras cidades num sistema cada vez mais amplo de divisão do trabalho, ou seja, de se constituir como *classe*, desempenha um papel essencial.”⁵⁸.

Como decorrência, emergiu a revolução industrial. A burguesia, consolidada como classe de banqueiros, comerciantes e, sobretudo, fabricantes, buscou constantemente maximizar ganhos para o seu capital. Vale lembrar que se tratava de uma situação em que os meios de produção (instrumentos e condições operacionais e técnicas) já eram detidos pela burguesia, pois as atividades produtivas da cidade foram sendo construídas originalmente como atividades periféricas e secundárias.

No entanto, para que tais ganhos se multiplicassem era necessária maior produção e maior produtividade. E o quadro econômico-social dos séculos

XVII e XVIII apontava para uma menor disposição de mão-de-obra disponível - ou ao menos da mão-de-obra necessária para maior produção e produtividade:

“da mesma forma que no fim da Idade Média a escassez de escravos e a necessidade de trabalhadores motivados levaram à adoção de novas tecnologias e ao surgimento do modo de produção proto-industrial, no fim do século XVIII, especialmente na Inglaterra, a escassez de proletários e a exigência de subordinados mais motivados levaram à mecanização da fiação e da tecelagem, que deu origem ao modo de produção industrial.”⁵⁹

Com o surgimento da energia do vapor, do tear mecânico, da máquina de fiar, entre outras inovações técnicas, a burguesia construiu a possibilidade de maximizar seus lucros com base em um novo critério: o ganho de produtividade, com o decorrente aumento de produção. Assim, num contexto em que o mercado ou estava por ser atingido ou se ampliava - pela ampliação populacional rural e urbana e pela criação de novos produtos - a produção em massa era o caminho que se desenhava como mais adequado à maximização de ganhos e das possibilidades de acumulação.

A revolução industrial - como revolução das técnicas produtivas - foi uma resposta histórico-econômica para a ‘necessidade’ de produção em massa, que gerou a unidade concentrada de produção: a fábrica. Ou seja, uma unidade

⁵⁸ SINGER, Paul. **Economia política da urbanização**. p. 20.

⁵⁹ MASI, Domenico de. **Desenvolvimento sem trabalho**. 4. ed. São Paulo: Esfera, 1999, p. 39.

produtiva maior e mais complexa, que atendia as necessidades de uma estrutura de maior produtividade.

Ocorre que a fábrica, como unidade produtiva, pedia um grande número de trabalhadores vivendo em torno dela. Por conseguinte, ela se caracterizou como um fenômeno tipicamente urbano. Afinal, no meio urbano facilitava-se a criação de uma infraestrutura de sobrevivência para os seus trabalhadores.

Assim, com o gradativo predomínio da fábrica como unidade produtiva houve um salto diferencial na história econômica e social da humanidade, pois

“em contraste com a antiga cidade comercial, que impunha ao campo o seu domínio político, para explorá-lo mediante uma intrincada rede de monopólios, a cidade industrial se impõe graças à sua superioridade produtiva.”⁶⁰

Em decorrência do incremento de industrialização dos centros urbanos, criando novos focos de demanda de produção e consumo de bens, o camponês, como nunca antes, tornou-se um produtor especializado. Isto porque passou a produzir aquilo que a cidade demandava, seja em termos industriais, seja em termos de consumo alimentar. Ademais, a indústria urbana transformou a própria tecnologia agropecuária, de modo que a atividade produtiva do campo passou a depender do instrumental fornecido pela indústria.

É nesse contexto que emergiu a ideologia liberal como discurso legitimador da burguesia industrial, a qual assumiu gradativamente o poder nas

idades⁶¹. Afinal, detendo o poder econômico, pô de pouco a pouco organizar-se politicamente. Com isso, o capital industrial passou a dominar o ambiente econômico e político, relegando ao Estado o papel de intermediário das relações econômicas e detentor da exclusividade do uso da força 'legítima'.

O quadro que se consagrou como decorrência desse panorama, em especial nos três últimos séculos, foi da constituição de dois pólos: classe dominante 'burguesa' e classe dominada. Entre esses dois pólos gravitam aquelas que podem ser chamadas de classes auxiliares da dominação econômica: comerciantes em geral, intelectuais, ruralistas etc.

O capitalismo não se constituiu, portanto, como um fenômeno circunstancial, mas num gradual e lento processo histórico que, em virtude de profundas mudanças na infra-estrutura econômica - seguidas das decorrentes mudanças nas estruturas sociais e políticas - mudou totalmente o modo de viver no mundo. Ancorado em uma ideologia liberal econômica e política, marcada por constantes recursos a um estatismo econômico como fonte de investimentos ou de segurança em momentos de crise ou influxos, o capitalismo progressivamente dominou a realidade mundial.

Tal dominação, em especial no século XX, ganhou dimensões singulares, pois o desenvolvimento tecnológico acelerou-se sensivelmente, de uma maneira tal que possibilitou ao capitalismo uma expansão econômica e

⁶⁰ SINGER, Paul. **Economia política da urbanização**. p. 23.

⁶¹ Vide, a respeito, MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**.

tecnológica espantosa, se considerado o período de 100 anos do século em face dos séculos anteriores.

Até mesmo a pretensa 'resistência' comunista dos países sob a 'cortina de ferro' não trouxe prejuízo a tal desenvolvimento. Afinal, através das guerras mundiais e da 'guerra fria', o desenvolvimento armamentista forçou o desenvolvimento tecnológico, numa busca incessante de superar o poderio do 'inimigo'. Com isso, houve, talvez, uma aceleração do desenvolvimento tecnológico em todos os níveis, refletindo nos mecanismos de produção.

Aos poucos, viu-se ao longo do século XX o capitalismo expandindo suas conexões em 'redes' industriais e dependências comerciais, controláveis através da dependência tecnológica de um país em relação a outro e pelas dívidas entre os países. Da interdependência entre as cidades, consolidada na primeira metade do 2º milênio, chegou-se nos dias atuais a uma interdependência entre países, devido à interdependência de seus 'mercados'.

Enfim, a face atual do capitalismo, cujo discurso legitimante é o (neo)liberalismo econômico, é a chamada globalização de mercados. Ela significa, por assim dizer, o ponto mais 'evoluído' do capitalismo, numa inter-relação mundializada dos mercados, em especial do mercado produtivo-industrial e do mercado de capitais.

2.3 – CARACTERÍSTICAS ECONÔMICAS

2.3.1 - Introdução

A globalização não é apenas - tem razão Giddens⁶² - um fenômeno econômico. Ela envolve praticamente todos os aspectos do viver humano no mundo. Não há como não se admitir, porém, que ela é primariamente um fenômeno econômico, e por decorrência político e social (sendo social, é, por óbvio, também um fenômeno cultural).

Vale dizer: a partir dos aspectos econômicos da globalização - que envolvem os diversos mecanismos produtivos, os diversos mecanismos de concorrência e monopolização internacional, os diversos mecanismos de especulação financeira - se desenha o palco em que se desenvolvem os processos políticos e sociais da globalização. Nesse sentido, afirmam Held e McGrew que

“a globalização denota a escala crescente, a magnitude progressiva, a aceleração e o aprofundamento do impacto dos fluxos e padrões inter-regionais de interação social. Refere-se a uma mudança ou transformação na escala da organização social que liga comunidades distantes e

⁶² GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991, pp. 61-82.

amplia o alcance das relações de poder nas grandes regiões e continentes do mundo.”⁶³.

No que respeita aos aspectos econômicos, suas análises são diversas - mas complementares - na literatura político-econômica. Em qualquer enfoque, porém, há um pano de fundo baseado em três eixos de política econômica adotados por todos os países que de alguma maneira buscaram integrar-se no mundo econômico globalizado: *desregulamentação, liberalização e privatização*. Respectivamente, trata-se da quebra de barreiras jurídicas às trocas internacionais; liberalização da economia, voltando-a para os investimentos especulativos internacionais; diminuição da participação do Estado nas atividades econômicas, privatizando empresas estatais.

2.3.2 – Estruturação Econômico-Financeira da Globalização

Em termos de estruturação econômico-financeira do fenômeno globalização, há vários aspectos funcionais caracterizadores. Ilustrativamente, são destacados aqui quatro autores que buscam identificar as suas principais características econômicas (Serge Goulart, Luciano Coutinho, Juan Carlos Lerda e John Gray).

No que respeita às flutuações do capital, segundo Serge Goulart⁶⁴, a globalização estaria centrada em quatro definições fundamentais:

⁶³ HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 13.

- a) *o crescimento e primazia da exportação de capital* – há um constante movimento de ‘transporte’ do capital financeiro internacional de um país para outro;
- b) *desenvolvimento extraordinário da divisão internacional do trabalho* – cada vez mais as grandes empresas mundiais sediam unidades suas em países diferentes, para atividades específicas de produção;
- c) *desenvolvimento acelerado dos ‘trustes’ internacionais, gerando monopólios* – a concentração de empresas em unidades, gerando a monopolização de setores do mercado;
- d) *interdependência acentuada entre as economias* – com a divisão internacional do trabalho e necessidade de constante fluxo de capital financeiro internacional, as economias estão interligadas, o que faz com que a queda da bolsa de valores em Tóquio, por exemplo, atinja as bolsas do mundo inteiro, desestabilizando as economias nacionais.

Luciano Coutinho⁶⁵, por sua vez, entende a globalização como uma etapa de internacionalização do progresso tecnológico e da acumulação financeira de capitais. Para ele, tal situação teria sete caracterizações econômicas principais:

⁶⁴ GOULART, Serge. **A origem da ‘globalização’ e outros termos**, in SIZE, Pierre. **Dicionário da globalização**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997, p. 20.

⁶⁵ Vide COUTINHO, Luciano G.. **A Fragilidade do Brasil em Face da Globalização**, in BAUMANN, Renato (org.). **O Brasil e a Economia Global**. Rio de Janeiro: Campus, 1995, pp. 219-237.

- a) forte aceleração da mudança tecnológica e emergência de um novo padrão de organização da produção e da gestão na indústria e nos serviços⁶⁶;
- b) as grandes empresas oligopolistas tornam-se agentes ativos dos processos regionais de integração regional, acentuando o peso do comércio regional intra-indústria, uma vez que os sistemas *just-in-time* e a resposta industrial adequada às demandas específicas de cada mercado exigem operacionalmente uma proximidade física dos produtores com seus fornecedores e consumidores⁶⁷;
- c) uma maior concentração dos mercados dentro de espaços regionais (ou macro-regionais) e uma contínua centralização do capital (fusões, aquisições e incorporações) contribuiu para a emergência de um número significativo de setores industriais oligopolizados, em escala mundial;
- d) a difusão desigual da mudança tecnológica entre os países centrais e o enfraquecimento da liderança industrial americana (sobretudo devido à unificação europeia e à evolução da indústria japonesa) gerou um policentrismo econômico (tripolar: EUA, União Europeia, Sudeste Asiático);

⁶⁶ “Padrão esse caracterizado pela articulação das cadeias de suprimento e de distribuição através de redes que minimizam estoques, desperdícios, períodos de produção e tempos-de-resposta, tornando os processos mais rápidos e eficientes. A superioridade competitiva deste novo padrão tornou imperiosa a sua adoção universal” (COUTINHO, Luciano G.. **A Fragilidade do Brasil em Face da Globalização**, p. 220).

⁶⁷ As estratégias de produção e mercado das empresas oligopolistas “são primordialmente regionais ou macroregionais – enquanto que suas estratégias tecnológicas e financeiras

- e) os EUA transformaram-se (devido aos seus *déficits* da balança comercial e das contas fiscais, e à necessidade de financiamento pelo influxo de capitais externos) de nação-credora em nação-devedora;
- f) houve um aprofundamento na interpenetração patrimonial dos sistemas capitalistas, com uma grande intensificação dos investimentos diretos no exterior pelos bancos e transnacionais dos países centrais, gerando uma interligação profunda entre os mercados, sobretudo entre os mercados de capitais;
- g) todo o contexto descrito nos itens anteriores gerou a ausência de um padrão monetário estável.

Já para Juan Carlos Lerda, o ponto crucial de caracterização do fenômeno da globalização é um gradativo

“debilitamento do grau de *territorialidade* das atividades econômicas, no sentido de que indústrias, setores ou cadeias produtivas inteiras (...) passam a desenvolver suas atividades com crescente independência dos recursos específicos de qualquer território nacional”⁶⁸.

Para Lerda, tecnologia, organização corporativa e políticas públicas são três fatores fundamentais na constituição econômica do mundo globalizado.

permanecem sendo eminentemente globais ou mundiais” (COUTINHO, Luciano G.. **A Fragilidade do Brasil em Face da Globalização**, p. 220).

⁶⁸ Juan Carlos LERDA, **Globalização da Economia e Perda de Autonomia das Autoridades Fiscais, Bancárias e Monetárias**, in BAUMANN, Renato (org.). **O Brasil e a Economia Global**. Rio de Janeiro: Campus, 1995, p. 240.

Partindo dessas e de outras leituras sobre o fenômeno da globalização no seu enfoque econômico, sua realidade pode ser sintetizada em três focos: *a globalização está centrada na flutuação do capital financeiro; na flutuação e tecnologização dos processos industriais; e na flutuação e tecnologização dos fluxos comerciais no mundo.*

Quanto à flutuação do capital financeiro, é uma marca singular da quebra de fronteiras econômicas. Neste sentido, ensina Emir Sader que

"o papel hegemônico do capital financeiro é um dos traços inegáveis do capitalismo mundial na virada do século XX para o XXI. Os bilhões de dólares que circulam livremente pelo mundo afora, supostamente para gerar estabilidade monetária, porém, na realidade constituindo-se num fator de instabilidade estrutural dos sistemas econômicos, têm no capital especulativo seu agente fundamental. Cada grande conglomerado tem em seu topo uma instituição financeira. não há mais separação entre capital produtivo e especulativo, de tal modo as formações econômicas nacionais e o sistema econômico em seu conjunto estão cruzados e se tornaram dependentes da circulação do capital financeiro."⁶⁹

⁶⁹ SADER, Emir. **Século XX: uma biografia não-autorizada - o século do imperialismo.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000, p. 29.

Ora, se os processos industriais e comerciais tornam-se cada vez mais flutuantes (desterritorializados) e com incrementos tecnológicos cada vez mais pesados, obviamente que os investimentos para tais fins ganham cada vez maior vulto. Por conseguinte, como os mecanismos econômicos de concorrência internacional são voltados para as empresas privadas - servindo o Estado como *mola propulsora, facilitador e guardião desse processo*, o mercado mundial está se reduzindo, em termos de concorrência efetiva e decisões econômicas, a um número reduzido de grandes empresas. Como afirma Dupas,

“a necessidade de escalas crescentes, principalmente em função dos investimentos tecnológicos, exigiu concentração progressiva e redução do número de atores dinâmicos em cada setor. A regra atual do capitalismo contemporâneo é de poucos grandes grupos por setor operando em nível global e buscando a diminuição dos custos de seus fatores de produção.”⁷⁰

Para caracterizar a globalização, John Gray utiliza-se de dois aspectos econômicos: um ligado à tecnologia de produção, outro referente as interconexões entre as economias mundiais. Pelo primeiro aspecto, a globalização “é a difusão mundial das modernas tecnologias de produção industrial e de comunicação de todos os tipos através das fronteiras - no

⁷⁰ DUPAS, Gilberto. **Economia global e exclusão social**, 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2.000, p. 43.

comércio, capital, produção e informação”⁷¹. A peculiaridade de tal aspecto caracterizador da globalização é que tal difusão tecnológica não escolhe seu ‘território’ - atinge a todos os países, mesmo aqueles sem desenvolvimento industrial até então constituído de forma sólida.

Pelo segundo aspecto, quase todas as economias mundiais estariam interligadas umas com as outras. Tal característica agravaria o quadro de dependência econômica das economias periféricas em relação às economias centrais. Isso porque as economias centrais seriam a ‘sede’ dos detentores do capital e da tecnologia, servindo as economias periféricas de ‘canteiro’ para que fossem plantados os interesses econômicos. Se este ‘canteiro’ tiver alguma instabilidade ou cessarem as facilidades que ele apresenta, o capital e a tecnologia podem deslocar-se para outro ‘canteiro’ que no momento apresente melhores condições.

Apesar de se poder depreender um tom crítico na caracterização feita por tais autores, não se deve desprezar, nesse contexto, o fato de que a globalização é um motor potente para diversos avanços tecnológicos, tanto em termos de produção industrial, quanto em termos de tecnologias de comunicação, quanto em termos de tecnologias de pesquisa. Assim se deu, por exemplo, com a automação industrial, com as comunicações via internet, com as pesquisas genéticas. Ocorre que tal ocorre a reboque de um conjunto de situações econômico-financeiras concentradoras de riquezas e poder.

⁷¹ GRAY, John. **Falso amanhecer - os equívocos do capitalismo global**. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 77.

A economia globalizada, portanto, no seu foco produtivo (industrial e comercial), é baseada numa concentração de poder espantosa em poucas grandes empresas. Os rumos econômicos do mundo dependem hoje bem menos de decisões autônomas dos Estados e bem mais de interesses estratégicos das grandes empresas transnacionais⁷². Interesses que - através de lobistas, pressões por postos de trabalho, fomento às campanhas para eleição de políticos comprometidos com o grande capital - perpassam as próprias políticas econômicas governamentais.

2.4 – CARACTERÍSTICAS POLÍTICAS

Sobressai, no panorama político da globalização, a dispersão do poder político tipicamente estatal em diversos organismos financeiros nacionais e internacionais, que condicionam e interferem na adoção de políticas econômicas internas dos países.

Isso não significa que os organismos financeiros internacionais sejam a fonte das decisões político-econômicas, mas sim que são eles que operacionalizam no mundo a adoção de tais decisões, através de diversos instrumentos de pressão ~~que influenciam e controlam os países~~ - em especial os países economicamente mais fracos. Ou seja,

⁷² Vide, a respeito, KURZ, Robert. **O colapso da modernização: da derrocada do socialismo de caserna à crise da economia mundial**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, pp. 111-129.

“a sede do poder político não se encontra nas instituições financeiras internacionais (IFIs) e seus principais acionistas (isto é, os governos dos países ricos). O FMI, o Banco Mundial e a Organização Mundial do Comércio (OMC) são estruturas administrativas, são órgãos reguladores dentro de um sistema capitalista e respondendo a interesses econômicos e financeiros dominantes.”⁷³.

Não obstante isso, os Estados continuam tendo um papel significativo no jogo político, tanto interna quanto externamente. Evidentemente, o panorama político em que os Estados atuam, a abrangência de seu poder e o próprio papel que desempenham mudou. Porém, eles continuam sendo importantes na realidade mundial.

Sobre isso, as reflexões políticas parecem ter inicialmente tomado dois rumos extremos - otimistas e céticos radicais - e mais recentemente surgiu uma linha de reflexões que pode ser identificada como uma crítica pretensamente racionalizadora.

As análises de John Gray⁷⁴ são ilustrativas da idéia de ‘crítica racionalizada’. Ele, ao analisar os rumos iniciais do pensamento político-econômico sobre a globalização, os dividiu em dois campos: aqueles que acreditam num mercado único, qualificáveis como otimistas, e aqueles que

⁷³ CHOSSUDOVSKY, Michel. **A globalização da pobreza**. São Paulo: Moderna, 1999, p. 12.

⁷⁴ GRAY, John. **Falso amanhecer - os equívocos do capitalismo global**. pp. 87-91.

entendem que o atual panorama econômico é apenas uma repetição mais elaborada do liberalismo anterior à 1ª Grande Guerra, qualificáveis como céticos radicais.

Para os otimistas, o Estado-nação estaria se evaporando em benefício de um mercado único, de um sistema mundial de trocas econômicas auto-reguladas. Já para os céticos, o Estado-nação está vivo como única resposta à globalização (esta uma mera reiteração do liberalismo do início do século XX), resposta que há de ser social-democrata.

Gray, percucientemente, mostra as incongruências das duas linhas de pensamento. No que respeita aos otimistas liberais, não se pode falar em um mercado único irrestrito, pois há diversas peculiaridades e necessidades regionais inabsorvíveis pelas trocas globalizadas. Nem mesmo seria de se falar em esfacelamento dos Estados - estes continuarão sendo o palco básico das lutas políticas e dos incrementos econômicos estratégicos. Afinal,

“os estados soberanos continuam sendo o campo fundamental da busca de influência pelas corporações. As multinacionais exercem influência sobre as políticas dos Estados soberanos assim como exercem sua engenhosidade para escapar de sua jurisdição. (...) Em Estados frágeis, é mais difícil regulamentar a mobilidade da produção e do capital, mas é também, mais difícil para

os negócios costurar um relacionamento empresarial duradouro com os governos.”⁷⁵.

Ou seja, é verdade que as multinacionais esparramam seus tentáculos pelo mundo, com atividades disseminadas por inúmeros países, de uma maneira que todos os continentes são cobertos por uma diversidade de interferências econômicas externas. Porém, a constituição e permanência de atividades comerciais e/ou produtivas em cada país é fruto de uma constante negociação política que se dá dentro das relações político-estatais.

Por outro lado, quanto à idéia cética de que o atual panorama econômico seria apenas uma reiteração mais sofisticada do panorama do início do século XX, a realidade econômica vivida no início do século era estruturalmente diversa da realidade econômica vivida nesta virada de milênio. Atualmente, vive-se um período histórico de instantaneidade das trocas econômicas internacionais, em que grandes montantes de capital especulativo são deslocados de uma parte para outra do mundo quase que imediatamente (situação diversa da que imperava no início do século XX).

Ademais, a idéia de livre concorrência hoje é baseada em um tal alto nível tecnológico, de forma que, em termos produtivos, somente grandes investimentos é que se sustentam a médio prazo. Nesse quadro, uma aposta no ‘velho’ *welfare state* como saída ordinária para os problemas econômico-sociais da globalização não passa de uma ilusão romântica.

⁷⁵ GRAY, John. **Falso amanhecer - os equívocos do capitalismo global**, p. 95.

As duas linhas de pensamento, portanto, bem percebe Gray, “apresentam um quadro irreal do novo ambiente global nos quais os Estados devem atuar”⁷⁶. Para demonstrar isso, ele apresenta algumas questões que nenhuma dessas linhas de pensamento consegue compreender adequadamente.

I - Primeiramente, é relevante o fato de que é dentro do Estado que as grandes corporações econômicas travam a batalha pelos mercados. Como antes se salientou, as instituições estatais possuem uma importância estratégica decisiva na concorrência comercial e industrial.

Um interessante exemplo disso está na concorrência internacional pelo mercado de produção de aeronaves neste início de primeira década do século XXI, entre a canadense Bombardier e a brasileira Embraer. Num primeiro momento, a Embraer ganhou um contrato de produção de aviões para transportes de passageiros. O governo canadense (ou seja, o Estado) manifestou seus protestos junto à OMC, alegando que haveria subsídios estatais à Embraer (esta recebeu financiamentos em condições favoráveis), o que caracterizaria concorrência desleal; resultado: o Brasil recebeu uma punição comercial equivalente a mais de um bilhão de dólares.

Recentemente, inverteu-se o eixo: em uma nova concorrência (por uma fatia do mercado americano), a Embraer é que alega ser prejudicada por subsídios estatais à Bombardier. E isto movimenta o governo brasileiro (o Estado brasileiro) para a defesa internacional dos interesses da Embraer.

⁷⁶ GRAY, John. **Falso amanhecer - os equívocos do capitalismo global**, p. 96.

Em síntese: a concorrência internacional entre as empresas não se dá no plano liberal de livre comércio. Envolve muito mais, pois há interesses econômicos e político-estatais em jogo. E a cena da discussão de mercado, no exemplo acima referido, é marcada pela atuação dos governos canadense e brasileiro, em nome do Estado canadense e do Estado brasileiro.

II - Para Gray, os céticos e os entusiastas com a globalização não percebem que esta representa “um momento crítico no desenvolvimento de uma espécie moderna de capitalismo desordenado, anárquico”⁷⁷.

Houve uma profunda mudança no capitalismo nos últimos 30 anos do século XX. Passou-se de um estrutura produtiva baseada na exploração quantitativa da mão de obra (com mercados de trabalho relativamente estáveis e extração da mais-valia de forma direta) para estruturas produtivas automatizadas, com mercados de trabalho instáveis, flexíveis. Instabilidade e flexibilidade que geraram o enfraquecimento dos papéis político e econômico dos sindicatos.

Isso também se deu nos diversos nichos de prestação de serviços, desenvolvimento de produtos e desenvolvimento de atividades comerciais, em que se tem adotado processos tecnológicos que reduzem quantitativa e qualitativamente a importância do trabalho humano nas empresas.

Tal fenômeno tem dois efeitos devastadores sobre as camadas trabalhadoras atuantes na escala produtiva: por um lado, o *desemprego em escala geométrica*, em que a automatização informatizada da estrutura de

produção de uma indústria possibilita a dispensa de uma grande quantidade de trabalhadores de um momento para o outro; por outro lado, a reabsorção desses trabalhadores em outras atividades ou funções no mercado de trabalho, quando ocorre, ordinariamente se dá por salários inferiores aos que eles obtinham antes.

Assim, pode-se dizer o capitalismo que se vive como anárquico no sentido de que instabiliza as relações políticas e trabalhistas de tal maneira que dificulta a sua própria renovação como sistema econômico.

III - Essa realidade altera as expectativas de vida daquilo que poderia se chamar de camadas trabalhadoras de vocação burguesa - as chamadas classes médias. Explique-se: uma razoável camada populacional (que não as camadas detentoras do capital) mantinha um bom ou razoável padrão qualitativo de trabalho e de vida e uma série de expectativas profissionais de ascensão. Tais expectativas são corroídas pela instabilidade profissional geradas pela adoção em massa das novas tecnologias produtivas e de comunicação, aguçadas, ainda, pelas flexibilizações das relações empregatícias. Essas camadas trabalhadoras de vocação burguesa podem, ainda, possuir um padrão médio de vida bom ou razoável, mas sem garantias efetivas de manutenção desse padrão, e sem expectativas seguras de que ele possa melhorar ao longo dos anos.

IV - De outra parte, o capitalismo anárquico dá vazão aos 'mercados virtuais' de investimento, que são palco de flutuações anárquicas no câmbio, devido ao esvaziamento - sem substituição por um critério análogo - do 'padrão

⁷⁷ GRAY, John. **Falso amanhecer - os equívocos do capitalismo global**, p. 96.

ouro'. Com isso, a engenharia econômico-financeira é hoje o palco de alta rentabilidade dos investimentos internacionais, com retorno rápido e fácil, sobretudo devido às facilidades do deslocamento dos investimentos virtuais de um país para o outro. Disso decorre o esvaziamento de investimentos em produção em favor de investimentos especulativos.

Entende Gray, portanto, que céticos e entusiastas falham ao não conseguirem perceber a importância desses aspectos no quadro da globalização. Diante disso, ele se coloca num plano intermediário: por um lado, admite a globalização como algo novo na realidade mundial; por outro, é cético quanto aos seus efeitos sociais, econômicos e políticos. Não nega as potencialidades positivas da globalização, mas é cético quanto à sua realidade histórica:

“o crescimento de uma economia mundial poderia ser um grande avanço para a humanidade. Poderia ser o começo de um mundo com vários centros, em que diferentes culturas e regimes poderiam interagir e cooperar sem dominação e sem apelo à guerra. Porém, esse não é o mundo que está surgindo à nossa volta na vã tentativa de construir um livre mercado universal.”⁷⁸.

Segundo sua ótica, o resultado da globalização “não é um livre mercado universal, mas uma anarquia de Estados soberanos, capitalismo rivais e

⁷⁸ GRAY, John. **Falso amanhecer - os equívocos do capitalismo global**, p. 253.

regiões sem a presença do Estado”⁷⁹. Ressalvado o tom exagerado e adjetivo de suas palavras, sua análise é correta.

Primeiramente, tem-se uma quebra do equilíbrio no jogo internacional das soberanias dos Estados. Por um lado, Estados que se submetem a uma tal dependência econômico-gerencial das instituições financeiras internacionais (e, por conseguinte, dos Estados dos países centrais) que a sua própria soberania frente aos demais países fica enfraquecida. Assim, diante de situações de crise, os papéis de tais Estados estão enfraquecidos, dificultando suas ações⁸⁰.

Por outro lado, vê-se Estados economicamente muito fortes, com soberania reafirmada frente aos países periféricos. Alguns poucos Estados ocupam os papéis principais nos organismos de decisão econômico-financeira internacional, o que reforça suas já consagradas posições de prevalência econômica e política. E, no centro desses Estados, os EUA, que agregam a uma economia muito forte externamente (independente das eventuais crises internas) uma capacidade bélica assustadora. Verifica-se que

“o processo de globalização tem, sem dúvida alguma, levado a um sistema mais complexo de interdependências entre economias nacionais. Entretanto, esse sistema complexo de interdependências continua

⁷⁹ GRAY, John. **Falso amanhecer - os equívocos do capitalismo global**, p. 252. Não se confunda tal idéia com a concepção muito comum nos debates acadêmicos de que se trata do caos capitalista - o capitalismo contemporâneo tem na rivalidade anárquica sua lógica; mas há, portanto, uma lógica.

⁸⁰ É o que ocorre atualmente com a Argentina, em que o Estado permitiu-se mergulhar no processo de globalização, ao longo dos governos de toda a década de 90 do século XX, de forma quase que ilimitada. Agregando-se a isto uma crise de legitimidade das instâncias e

significativamente assimétrico, de tal forma que pode-se falar de ‘vulnerabilidade unilateral’ por parte da grande maioria de países do mundo, que tem uma capacidade mínima de repercussão em escala mundial.’⁸¹.

De outra parte, há rivalidades concorrenciais entre países ou grupos de países e há, ainda, o surgimento gradativo de formas capitalistas específicas, de características novas (como se dá com a China neste início de século XXI). Isto gera uma relação de rivalidade econômica capitalista que potencialmente pode se tornar predatória.

Enfim, em vários países periféricos a presença do Estado é muito frágil, gerando uma anomia de regulação política, de garantias jurídicas e, sobretudo, de controle dos problemas econômicos e sociais. Com isso, vários países ficam reféns da corrupção, do domínio do capital estrangeiro, além de terem de conviver com ‘poderes’ paralelos (organizados politicamente ou não) dentro do próprio país em que em tese exercem sua soberania. É o que acontece em alguns países da África, da Ásia e da América Latina⁸².

A tudo ainda pode se agregar a existência de países em que o Estado é forte no pior sentido: o sentido autoritário. São ditaduras religiosas ou militares, que mais ainda anarquizam o contexto das relações soberanas internacionais.

atores políticos, viu-se em 2001 e vê-se em 2002 a incapacidade de atuar do Estado argentino em momentos de aguçada crise.

⁸¹ GONÇALVES, Reinaldo. **Globalização e desnacionalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 36.

A constatação de que os caminhos da globalização não nos conduzem ao natural para a 'terra prometida' não deve ser vista como um nihilismo cético, mas sim como um alerta vigoroso de que os rumos devem ser revistos. Gray, aliás, apresenta algumas pistas de questões que devem ser consideradas no repensar a realidade econômico-política atual. Tais questões girariam em torno da *necessidade de um regime de governabilidade global*.

Realmente, a realidade atual tem no seu bojo inúmeras dificuldades se os objetivos forem uma convivência harmoniosa entre as sociedades e culturas diversas e a preservação e promoção da integridade dos Estados. O câmbio flutua seguindo leis de mercado absolutamente nefastas para que as economias de cada país possam se tornar social e localmente sólidas. Os capitais de investimento são voláteis e móveis ao extremo, sem nenhum critério garantidor dos países que os acolhem, gerando a possibilidade de crises econômicas incomensuráveis nestes países por sua simples movimentação em massa (lembre-se o exemplo do México na década de 90 do século XX).

Além disso, as relações de comércio tem sido predatórias, com uma cada vez mais constante concentração de atividades (e ganhos, por consequência) em um número cada vez menor de empresas. As privatizações em economias frágeis e dependentes estruturalmente as debilitam ainda mais, 'anarquizando' as relações econômicas (insista-se no exemplo da Argentina neste início de século). A degradação ambiental em benefício do

⁸² O exemplo da Colômbia é paradigmático: parte do país está há anos sob controle das FARC, guerrilha comunista, sem que o Estado organizado consiga controlar a situação.

'desenvolvimento' econômico é mais contida em belos discursos e cartas de compromisso do que na realidade cotidiana (pense-se no irrefreado crescimento do buraco na camada de ozônio devido à poluição gerada por produtos industriais). Assim.

“somente uma estrutura de regulamentação global – das moedas, da movimentação de capitais, do comércio e da preservação ambiental – pode permitir que a criatividade da economia mundial seja usada a serviço das necessidades humanas”⁸³.

Ou seja, é necessário que de alguma forma se retomem as rédeas das relações econômicas internacionais, reordenando-as gradativamente em prol de prioridades humanas, de preservação de nosso senso de humanidade. Tal constatação, aliás, parece estar ganhando corpo nas discussões travadas internacionalmente nos dois últimos anos, embora de maneira ainda tímida. Bem afirmam Held e McGrew que “é somente dentro das fronteiras do Estado-nação – da nação como comunidade moral de destino – que é possível materializar soluções legítimas e eficientes para o problema da desigualdade global”⁸⁴.

Junto à globalização de mercados deve ocorrer, institucionalmente, uma opção política *efetiva* pelos direitos humanos (como se demonstrará nos próximos dois capítulos), a qual hoje não passa de simulacro demagógico. Um

⁸³ GRAY, John. **Falso amanhecer - os equívocos do capitalismo global**, p. 258.

⁸⁴ HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização**, p. 77.

embrião não institucional desta perspectiva está em organismos não estatais que atual desterritorializados em defesa dos direitos humanos. Importa, porém, que os direitos humanos se tornem pauta efetiva, concreta das atuações estatais, condicionando o Estado e o Direito.

Não se deve imaginar, porém, que a globalização interfira apenas no palco econômico das relações sociais. Ela se estende, de maneira sofisticada, por todos os caminhos da vida no plano sócio-cultural (até porque este não está de forma alguma dissociado do plano econômico).

2.5 – CARACTERÍSTICAS SÓCIO-CULTURAIS

Um fenômeno que atinge economicamente quase que todos os países do mundo, alterando os modos de eles se inter-relacionarem, e o próprio modo de se organizarem internamente, ao natural também atinge o modo de vida próprio a cada sociedade, a cada comunidade nacional. Afinal, alteram-se os parâmetros de cultura⁸⁵ característicos de cada sociedade.

A lógica da vida - sempre em constante formação e mutação - é atingida em cheio e dominada por uma simbologia capitalística de consumo e *status*

⁸⁵ A cultura é dicionarizada como “(...) 3 Aplicação do espírito a alguma coisa; estudo. 4 Desenvolvimento intelectual. 5 Civilização. 6 *Sociol* Sistema de idéias, conhecimentos, técnicas e artefatos, de padrões de comportamento e atitudes que caracteriza uma sociedade.” (MICHAELIS: **minidicionário escolar da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2000, p. 166).

sócio-econômico. Explique-se: usando os recursos da psicanálise 'social'⁸⁶, pode-se dizer que a vida é organizada em torno de símbolos que amalgamam a convivência social. Um tal símbolo seria tratado como 'significante', uma referência para a construção dos discursos, do modo de vida, da cultura como um todo. Como afirma Félix Guattari.

“o Capital esmaga sob sua bota todos os outros modos de valorização. O Significante faz calar as virtualidades infinitas das línguas menores e das expressões parciais. O Ser é como um aprisionamento que nos torna cegos e insensíveis à riqueza e à multivalência dos Universos de valor que, entretanto, proliferam sob os nossos olhos.”⁸⁷.

Guattari explica que as vivências humanas vão sendo 'desterritorializadas', perdendo-se a ligação com o local. No mesmo sentido vai Gray, para quem um aspecto se sobressai no contexto cultural da globalização, como uma idéia que perpassa todas as demais características:

“por trás de todos esses 'sentidos' da globalização encontra-se uma única idéia, que pode se denominada *des-localização*: a desvinculação de atividades e relacionamentos das origens e culturas locais.”⁸⁸.

⁸⁶ Trata-se aqui de um uso circunstancial da psicanálise 'social'. Embora a abordagem psicanalítica seja rica nas possibilidades de reflexões que propicia, o teor deste trabalho não sugere um aprofundamento neste sentido.

⁸⁷ GUATTARI, Félix. **Caosmose - um novo paradigma estético**. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992, p. 42.

⁸⁸ GRAY, John. **Falso amanhecer - os equívocos do capitalismo global**, p. 79.

Há, com a globalização, os condicionamentos do consumo, dos preços, das flutuações de ativos financeiros, dos modismos, condicionamentos que perpassam as fronteiras de praticamente todos os países do mundo. O refrigerante e o sanduíche consumidos no Brasil são iguais aos consumidos na Rússia, a crise econômica de um país asiático gera queda geral de cotações de ações e debandada de investimento especulativo de países com características semelhantes daquele que está em crise para outros que estejam, naquele momento, em melhores condições para tais investimentos especulativos flutuantes (rememore-se a figura dos 'canteiros' de investimento), as montadoras de automóveis padronizam o gosto, apostando mais e mais em 'carros mundiais', e assim inúmeros outros exemplos de situações que mudam e padronizam os hábitos, as expectativas, os parâmetros estéticos das sociedades.

Tal característica afeta as peculiaridades culturais de cada país. Isso porque cada indivíduo de cada país é envolvido no mundo da vida como um consumidor de produtos econômicos, os quais carregam uma carga cultural. Para tal fim, o indivíduo acabará sendo condicionado culturalmente a incorporar as expectativas de consumo dos produtos ao seu cotidiano. Tal condicionamento cultural acaba por torná-lo um consumidor de hábitos, valores, estética, cuja padronização se dá segundo visões 'centrais'. Afinal,

"vai se modificando o que é definido como o indispensável para a sobrevivência, que é um dado cultural e histórico. Porém, a pressão da propaganda e sua homogeneização internacional, exportando estilos de

consumo de países com dezenas de milhares de dólares de renda *per capita* para outros onde esse dado é de apenas algumas centenas de dólares, provocam deformações econômicas e sociais profundas, em que o necessário e o suntuoso vão perdendo suas fronteiras."⁸⁹.

Há, no entanto, diversos focos de atuações sócio-culturais (e políticas, num sentido não necessariamente institucional) que estão num âmbito internacionalizado (globalizado) e que traduzem um efeito 'positivo' da quebra de fronteiras que a globalização causa. Um bom exemplo é a Anistia Internacional, uma organização civil - não governamental, não estatal - cuja atuação se estende por todos os continentes, buscando fiscalizar e denunciar violações estatais e não estatais aos direitos humanos, por ações ou omissões. Outro exemplo digno de referência é o grupo *Green Peace*, também não governamental, fiscalizando, denunciando e combatendo (dentro das possibilidades de um grupo não estatal) atividades degradantes do meio ambiente.

O que se percebe, com isso, é que a globalização não traz apenas aspectos negativos - a partir dela também são construídas possibilidades de atuação desterritorializada positiva em termos de benefício para a condição humana de existência. Aliás, o próprio desenvolvimento tecnológico, que potencialmente traz benefícios ao ser humano enquanto membro de uma

⁸⁹ SADER, Emir. *Século XX: uma biografia não autorizada*, pp. 85-86.

sociedade organizada, está relacionado, a partir da década de 70 do século XX, muito mais à globalização de mercados do que ao mercado das guerras.

Porém, não se pode mascarar a realidade: há um desequilíbrio considerável entre os efeitos negativos e os efeitos positivos da globalização. Isso porque ela é construída em torno de mecanismos de acumulação capitalísticos, de forma que os aspectos positivos são ainda 'marginais', de 'ofensa' à ordem dominante. Um dos desafios possivelmente seja este: fazer com que aquilo que 'ofende' a ordem dominante (de acumulação capitalista) se torne regra e não exceção, e que se maximizem as possibilidades de globalização de interesses e ganhos para a humanidade, a partir de interesses coletivos e transindividuais.

Por enquanto, as matrizes dominantes da economia e da política procuram gerar, com os condicionamentos culturais, uma tendencial homogeneização do existir. O 'Eu' existiria dentro de um universo de valores homogeneizados, sem uma necessária vinculação forte como o local. A auto-imagem que o indivíduo pode ter de si mesmo estaria dissipada num universo confuso de muitas imagens se sobrepondo umas às outras, num bombardeio mental de 'identidades' parciais (cujos efeitos todos hoje sentem).

A identificação forte se daria mais facilmente como o que vem de fora (mesmo quando produzido no próprio país), que, como valor, não vincula culturalmente a nenhum ponto específico. Quando muito, aproveitam-se aspectos das culturas locais de cada sociedade para cobrir espaços de mercado que a homogeneização do 'gosto' não cobriria.

Ora, nesse contexto o próprio sentimento de nação é atingido, e a sensação de participar de um todo culturalmente construído por cada um esvanece no furacão globalizante. Com isso, esvai-se mais um pouco de nossas possibilidades de construir em nosso cotidiano preocupações positivas com um pouco de humanidade para cada um e para todos.

2.6 – O PAPEL DO ESTADO FRENTE À GLOBALIZAÇÃO

Diante de todo esse quadro, o caminho de reação às situações problemáticas geradas pela globalização parece passar por uma reabilitação⁹⁰ histórica do Estado moderno. Entende-se que Estados fortes são necessários para a criação de um ambiente internacional de 'governabilidade global'.

O que se vê, entretanto, é uma crise do Estado como instituição política e do Estado de Direito como referência jurídico-política. Tal crise, como afirma Ferrajoli, deve-se

“não só a razões econômicas, mas também ao predomínio de estratégias políticas explicitamente regressivas e antisociais, manifesta-se sobretudo na redução do gasto público destinado às prestações sociais e assistenciais do

⁹⁰ Reabilitação não deve ser confundida com ressurreição. O Estado deve voltar a ter vigor de atuação social, política e econômica que possibilitem o enfrentamento dos problemas vividos contemporaneamente. Isso não significa, porém, a adoção dos modelos já vivenciados pela humanidade nos últimos duzentos anos: é necessário que se concebam novas formas de atuação estatal, as quais, no entanto, devem ser calcadas na intervenção racional na sociedade.

Estado com respeito à quantidade, pelo contrário, crescente de demandas.”⁹¹.

Há de se buscar reconstruir a idéia de Estados que sejam capazes de controlar os instrumentos (físicos e culturais) da violência, tanto internamente quanto internacionalmente: capazes de monitorar e conter a degradação ambiental decorrentes do ‘desenvolvimento’ humano; capazes de controlar os fluxos econômicos.

Estados voltados para a solução dos problemas econômicos, sociais e políticos do cotidiano, e que, por conseqüência, ao garantir a qualidade da existência e da coexistência humana, sejam possibilitadores da constante e infundável construção da cidadania. Afinal,

“a segurança contra as desordens civis, a violência e a criminalidade não é tudo o que o povo exige de seus governantes. Eles exigem garantia contra a miséria, o desemprego e a exclusão social. A menos que as funções protetoras dos Estados incluam o controle destes riscos, os governos não serão considerados legítimos por seus cidadãos.”⁹².

O fato é que os Estados, nos dias de hoje, têm o seu papel redesenhado pelo conjunto de acontecimentos políticos e econômicos que perpassam a realidade mundial. O antes Estado interventor aos poucos vai se tornando um

⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Bogotá (Colômbia): Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 71-72.

⁹² GRAY, John. **Falso amanhecer - os equívocos do capitalismo global**, p. 261.

Estado gerente, numa grande 'empresa' baseada na livre (ilimitada) concorrência.

O que se propugna aqui, porém, é que os Estados, diante da sociedade do conhecimento e da tecnologia, devem congregiar ao menos dois papéis, para que possa atender ao conjunto social como um todo: o papel de *organizador da economia* e o papel de *garantidor da cidadania*. A conjunção destes dois fatores é que pode dar ao Estado as características que o mundo contemporâneo necessita, tanto no aspecto econômico quanto no aspecto social.

Como *organizador da economia*, cabe ao Estado servir como estimulador das atividades privadas (singulares, associadas ou cooperativadas), monitorando as realidades regionais de tal maneira que se possa qualificar o desenvolvimento de acordo com as potencialidades específicas de cada espaço geográfico. Por um lado, haveria de incentivar as iniciativas e empreendimentos privados; porém, haveria de controlar, fiscalizar e monitorar as atividades econômicas de tal modo que o desenvolvimento do país se dê de acordo com as necessidades coletivas, de modo a se compartilhar os benefícios do desenvolvimento econômico-financeiro.

Como *garantidor da cidadania*, caberia ao Estado: guarnecer juridicamente e fomentar através de políticas públicas a efetivação dos direitos fundamentais essenciais à condição humana de existência no mundo; controlar as violações jurídicas e políticas do sistema jurídico, que desatendam aos preceitos constitucionais garantidores da condição humana; e, ainda, direcionar

suas atividades para o planejamento da vida humana no futuro, garantindo o espaço humano de convivência na Terra.

Se a globalização de mercados está acabando com a idéia tradicional de Estado-nação, deve-se fazer uma recomposição da idéia de Estado e de seus objetivos. Tal há de se dar, assim, em torno dos direitos humanos, voltando-se para uma soberania de um Estado garantidor do ser humano, garantidor das heterogeneidades e das possibilidades econômico-sociais de que cada um e todos possam desenvolver as suas singularidades.

O Direito, que está diretamente inserido no contexto de atuação do Estado e que serve como instrumento de definição das relações inter-individuais, para que possa ser um Direito de todos e para todos, há de estar efetivamente ligado ao que pode haver de universal (por beneficiar a todo e qualquer ser humano): a garantia jurídica dos direitos humanos⁹³.

⁹³ Vide, a esse respeito, CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pp. 85-87.

3) DIREITOS HUMANOS

"A vida humana em comum só se torna possível quando se reúne uma maioria mais forte do que qualquer indivíduo isolado e que permanece unida contra todos os indivíduos isolados. O poder dessa comunidade é então estabelecido como 'direito', em oposição ao poder do indivíduo, condenado como 'força bruta'. A substituição do poder do indivíduo pelo poder de uma comunidade constitui o passo decisivo da civilização."⁹⁴

⁹⁴ FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização. Rio de Janeiro: Imago, 1997, p. 49.

3.1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Viu-se no capítulo anterior que uma série de fatores nos conduz a problematizar os efeitos da globalização sobre o existir humano. Pois, bem: se o século XX caracterizou-se como o período histórico de desenvolvimento da globalização: ao longo da história da humanidade não houve um momento tão singular para a discussão dos direitos do ser humano como os últimos cinquenta anos de tal século. Com isso, num mesmo período histórico emergiu uma realidade econômica, política e sócio-cultural que, sofisticadamente, fragilizou a aspiração a uma universalidade de uma condição humana mínima de existência: e uma realidade política e jurídica voltada para as garantias de tal pretensa universalidade.

Trata-se de uma dicotomia geradora de tensões históricas que desembocaram no século XXI, no qual a globalização constitui-se como aspiração dos setores dominantes da economia, e atinge a política e a sociedade. Os direitos humanos, por sua vez, constituem-se como aspiração política de cidadania, que devem ser conquistados no campo da política, para que possam ser efetivados socialmente. No âmago dessa tensão está o Direito, instrumento de dominação estatal, que pode servir mais a uma ou outra perspectiva, de acordo com a acomodação de interesses que o influenciam no sistema político e com a disposição de valores que o condicionam dentro do sistema jurídico.

É inegável, porém, que sobretudo a partir das atrocidades cometidas durante a segunda grande guerra, consagrou-se a idéia de que era necessário que se agisse politicamente para a preservação e respeito a alguns valores essenciais para a sobrevivência da raça humana como tal. Tal guerra gerou a insegurança quanto aos rumos da humanidade, impondo o questionamento sobre o que o homem estava a fazer consigo mesmo, sobre para que estavam servindo os Estados.

Nesse contexto, a moderna concepção de direitos humanos⁹⁵, centrada na sua universalidade e indivisibilidade, tem como marco histórico contemporâneo a Declaração Universal dos Direitos Humanos (de 10 de dezembro de 1948), a qual conduz o Estado contemporâneo a um papel de garantidor das condições humanas de existência no mundo.

Passo a passo, foi-se desenvolvendo uma quebra de paradigmas no trato dos direitos humanos, forçando a idéia de que eles não são um mero assunto interno de cada país, mas sim um assunto de interesse dos povos, de interesse internacional - e que isso não deveria ser tratado meramente como um assunto de política, mas também no âmbito jurídico formal.

⁹⁵ A melhor doutrina costuma adotar a expressão '*direitos humanos*' para designar os direitos do ser humano num plano global; a expressão '*direitos fundamentais*' para designar os direitos humanos garantidos nas constituições; a expressão '*direitos básicos do ser humano*' para designar aqueles direitos que são essenciais à concretização da condição humana de existência. Assim, a expressão '*direitos humanos fundamentais*' indica os direitos humanos consagrados na Constituição de um país.

Tal idéia de consagração formal de alguns direitos mínimos do ser humano (de forma universal⁹⁶) é, porém, mais antiga na humanidade. Embora não se possa identificar um ponto de partida histórico na discussão e defesa dos direitos humanos, pois a história é feita de avanços dialéticos variáveis em cada parte da Terra, pode-se dizer que o século XVIII é o período histórico em que começou a se dar a guinada da humanidade para a formalização e universalização de direitos do ser humano.

De lá até nossos dias evoluiu a humanidade, ao menos formalmente, no sentido de entender que a garantia da condição humana de existência é requisito de racionalidade social, e que tal garantia passa pela consagração jurídica e pela efetivação social dos direitos humanos.

3.2 – DO OBSCURANTISMO À RACIONALIZAÇÃO

Faz parte da filosofia - e isso desde a filosofia clássica (grega, romana, cristã) - a reflexão sobre a essência do existir humano e, por conseqüência, da própria condição de humanidade. Do pensamento grego ao jusnaturalismo renascentista, e, depois, na filosofia 'moderna' e contemporânea, esses sempre foram pontos de reflexão obrigatórios.

⁹⁶ Há de se ressaltar que desde o século XIV já se tinha na Inglaterra alguns documentos reais que reconheciam direitos aos nobres britânicos frente ao poder monárquico. Não se tratavam, porém, de direitos do ser humano, mas de *direitos para alguns*, notadamente aqueles que estavam em uma situação econômica privilegiada à época.

Porém, desde os mais remotos tempos de que se tem documentação escrita, vê-se na humanidade diversas formas de reconhecimento e tentativa de justificações da idéia de que alguns indivíduos seriam ‘mais humanos’ do que outros. Por questões como a escravatura e os trabalhos em regime de sacrifício, povos como os egípcios, os gregos, os romanos, os povos feudais e todos os regimes monárquicos da idade média e início da idade moderna primavam por um obscurantismo até mesmo simplório a respeito de pretensas diferenças nas características de humanidade de diferentes raças e povos. Aliás, até cerca de cinco séculos atrás havia uma dupla situação ideológica nefasta incrustada na cultura da humanidade: a resistência ao progresso intelectual e científico; e tal idéia de que alguns indivíduos seriam ‘mais humanos’ do que outros.

Assim, a ‘cegueira’ científica que dominou o mundo por séculos (em nome de direitos divinais para os poderosos) obscurecia a própria discussão da condição humana, a qual sob diversos aspectos permaneceu soterrada por muito tempo sob preconceitos, mistificações religiosas e elaborações ideológicas autoritárias.

Nos últimos séculos, porém, de modo quase que ‘marginal’, construiu-se um conjunto de reflexões voltadas para idéias humanisticamente ‘adequadas’, centradas no homem como centro igualitário do mundo e da vida. Isso foi particularmente sensível a partir do Renascimento.

Nesse contexto, a *independência dos Estados Unidos* e a declaração dos *direitos do homem na Revolução Francesa* representaram marcos na história do pensamento humano: são momentos que refletiram uma nova crença - a de

que o ser humano era individualmente capaz de se compreender no mundo como humano, a crença de que racionalmente se podia construir juízos individuais sobre a vida que balizassem o cotidiano (tanto numa perspectiva micro-social quanto numa perspectiva macro-social).

Era a ênfase na capacidade racional do ser humano que começava a vir à tona: o ser humano, como ser racional, era potencialmente capaz de distinguir o bem do mal, o certo do errado. Conseqüentemente, *o homem era também capaz de identificar os direitos que seriam inerentes à sua condição humana.*

O mais consistente dos filósofos da época sobre tal racionalidade humana foi, possivelmente, Emanuel Kant. Ele deu base, através de diversas teorias filosóficas que elaborou, a várias elaborações jurídicas posteriores, influenciando até hoje, de certa forma, o Direito.

As idéias de Kant que mais nos interessam aqui⁹⁷ são aquelas que nos possibilitam identificar racionalmente as regras de conduta fundamentais, moralmente boas ou moralmente úteis, pois a partir de tais formulações pode-se desenvolver um raciocínio seletivo e justificatório da prioridade de alguns valores, consagrados como conteúdo essencial dos direitos humanos (como adiante se verá).

Para ele, a distinção entre moral e direito parte da distinção entre uma racionalidade interna e uma racionalidade externa. Na perspectiva interna da

⁹⁷ KANT, Emmanuel. **Crítica da razão prática**. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1992. Ressalve-se que Kant, homem de seu tempo, não era infenso à idéia de que alguns estariam em condição de superioridade frente a outros. A opção por resgatar algumas de suas idéias aqui deriva de que

racionalidade humana residiria a moral, que estaria ligada à autonomia de vontade, à vontade moral - que seria a vontade boa. Na perspectiva externa da racionalidade humana estaria o direito, que estaria ligado à heteronomia da vontade, à vontade determinada por um objeto externo a ela - que seria a vontade instrumental, finalística.

Nesse caminho, poder-se-ia *distinguir entre juízos categóricos* de valor e *juízos hipotéticos* de valor, os quais o ser humano teria condições de formular constantemente para pautar sua conduta. Esses juízos dariam conteúdo *aos preceitos de conduta* (regras de conduta) formulados pelo homem.

Os preceitos de conduta, que devem ser compreendidos como deveres - morais ou jurídicos - seriam, então, delineados através de *imperativos categóricos* (mediante os juízos categóricos de valor) ou de *imperativos hipotéticos* (mediante juízos hipotéticos de valor). Os primeiros estariam na ordem da moral; os últimos estariam na ordem do direito.

Os imperativos hipotéticos seriam base para uma formulação de pensamento sobre o dever ser jurídico. Podem ser divididos em técnicos (relativos a habilidades) e pragmáticos (relativos à prudência necessária ao bem estar).

A fórmula lógica do *imperativo categórico* consistiria no seguinte:
“procede de modo que tua máxima possa valer sempre, ao mesmo tempo, como

*princípio de uma legislação universal*⁹⁸. Assim, quanto à mentira, deveríamos nos perguntar: 'eu posso, mentindo, transformar minha ação em uma máxima de conduta tal qual todos devem mentir?'. Como a resposta evidentemente é não, eu inverteo logicamente a conclusão e tenho um imperativo: *as pessoas não devem mentir*. É um imperativo formulado de forma incondicionada a resultados, pois identifica que falar a verdade é algo 'bom em si' (o que não significa que a mentira não possa ser justificada, excepcionalmente, através da formulação de um imperativo hipotético).

A lógica do *imperativo hipotético*, por sua vez, está ligada à finalidade da ação, ou seja, o indivíduo deve agir de uma determinada maneira para alcançar determinado fim, naquela hipótese concreta de situação. Assim, eu condicionaria a conduta à finalidade a ser alcançada. Por exemplo, quanto ao ato de pagar as contas e sobre a mentira no exercício da medicina, poder-se-ia formular os seguintes imperativos hipotéticos: se alguém deseja evitar ser executado judicialmente e evitar perder seus bens, deve pagar as suas contas; ou: se um médico deseja que o seu paciente, diante de uma doença terminal, não perca as esperanças de reagir, deve lhe mentir sobre a sua condição mórbida. Pode-se formular imperativos condicionados aos resultados, tais quais: para preservar os bens, deve se pagar as contas; ou: para evitar o sofrimento humano, pode um médico mentir. Identificar-se-ia, assim, uma conduta 'boa para algo'.

⁹⁸ KANT, Emmanuel. *Crítica da razão prática*, p. 40.

Partindo-se dessa exposição, pode-se afirmar que a racionalidade jurídica prática⁹⁹ é marcada por formulação de raciocínios lógicos hipotéticos. No entanto, no que respeita ao conteúdo determinante - as diretrizes - desta lógica hipotética, existem valorações categóricas, tais quais 'todos são iguais perante a lei' (a igualdade seria 'algo bom em si').

É da conjunção de formulações categóricas e hipotéticas que emerge a potencialidade de o ser humano distinguir aquilo que é essencial para a sua condição de existência e aquilo que é útil. Tal potencialidade existe por si só, pode ser pressuposta.

Mas, na realidade histórica, desenvolveu-se só muito recentemente na história da humanidade a reflexão e conquista teórico-jurídica a respeito daquilo que é essencial para a condição humana de existência. Neste quadro, entretanto, ensina Cademartori que os direitos humanos (fundamentais) teriam as seguintes características:

“a) podem se entendidos como ‘prerrogativas que tem o indivíduo em face do Estado’ (...); b) são frutos de uma concepção *individualista* da sociedade, a qual postula que o Estado surge a partir do acordo entre indivíduos livres e iguais (...); c) são direitos *históricos*, já que se inserem

⁹⁹ Ao se falar aqui em racionalidade jurídica prática não se está idealizando as possibilidades da razão. Tem-se claro, num corte psicanalítico, que individualmente as condutas são movidas mais por motivos inconscientes do que por meras decisões racionais. Porém, a própria psicanálise, ao demonstrar o papel do superego como amálgama e limite ‘moral’ da psiquê humana, apresenta o caminho de ‘racionalização’ consciente de nossas condutas. É com tal

dentro de um momento histórico dado, qual seja, a fase que se desenvolve do Renascimento até nossos dias; d) o seu fundamento de validade não é um dado objetivo extraível da natureza humana, mas o consenso geral dos homens acerca da mesma (...); e) são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis; f) são *inclusivos*, isto é, não pode cada um gozar dos mesmos se simultaneamente os outros também não usufruem deles¹⁰⁰.

O panorama histórico em que se desenvolveram os direitos humanos teve seu principal momento político nos últimos dois séculos, e redundou naquilo que hoje é conhecido como a construção histórica das gerações (dimensões) dos direitos humanos.

3.3 – AS DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Já é clássica, dentro da teoria do direito contemporâneo, a divisão dos direitos humanos em dimensões¹⁰¹. Tal divisão procura captar tais direitos em

senso de realidade que se fala em racionalização de condutas, e na formulação de imperativos categóricos e hipotéticos.

¹⁰⁰ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. pp. 33-35.

¹⁰¹ Adota-se aqui a nomenclatura 'dimensões' em vez de gerações por se entender, junto com Bonavides (BONAVIDES, Paulo, **Curso de direito constitucional**, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993) e Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998), que tal expressão traduz melhor a idéia de que

seus aspectos de cumulatividade evolutiva, de complementariedade, de unidade e indivisibilidade. Ou seja, o conteúdo de tais direitos acumulou-se ao longo dos anos, uns complementando os outros, ligados entre si pela prevalência da idéia de garantia da condição humana de existência e vistos como um todo indivisível.

Tradicionalmente, consagrou-se a divisão em três dimensões, que seriam, na lição de Bonavides: civis e políticos (primeira dimensão/geração), econômicos, sociais e culturais (segunda dimensão/geração) e de solidariedade/fraternidade (terceira dimensão/geração)¹⁰².

3.3.1 - Primeira Dimensão

Os direitos fundamentais na sua primeira dimensão são os chamados direitos de liberdade, reconhecidos como direitos negativos do indivíduo frente ao Estado, tipicamente constituídos a partir da ascensão do pensamento liberal-burguês nos séculos XVIII e XIX. Como tais, representam garantias de liberdades civis e políticas. Constituem-se como

uma categoria não substitui a outra (equivoco a que seríamos mais facilmente levados pela expressão "gerações"), havendo, isto sim, um somatório de qualificações jurídico-políticas e um desenvolvimento dialético dos direitos humanos.

¹⁰² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 4. ed., pp. 474-482. É de se frisar que não há uma caracterização linear e uniforme do que comporia tais dimensões. Para ilustração e ponto de partida das análises aqui feitas, utilizar-se-á Paulo Bonavides, pela lucidez de sua exposição, e Ingo Sarlet, pela atualidade de suas idéias, como referência dentro do teoria jurídica brasileira; e Norberto Bobbio como referência dentro da teoria estrangeira.

“direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho ‘negativo’, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos”¹⁰³.

Como bem acentua Sarlet, nesta fase de constituição histórica dos direitos humanos emergem em importância os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade frente à lei, sempre baseados no indivíduo como ser livre e autônomo na sua vida civil e política¹⁰⁴. Ou seja, trata-se da proteção formal de tais direitos *como direitos negativos*, de não intervenção estatal sobre a liberdade individual.

3.3.2 - Segunda Dimensão

Ainda no transcorrer do século XIX emergiu um novo leque de direitos. Neste século começou a ganhar corpo o movimento social dos trabalhadores da

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 48.

¹⁰⁴ Não se deve olvidar, porém, que tais direitos emergem tendo como referência o pensamento liberal-burguês, sendo, inclusive, parte de um discurso legitimante da ascensão política da burguesia frente à nobreza. Em seu surgimento, então, a realidade social e política, porém, distinguia aqueles que efetivamente podiam usufruir de tais direitos – e o ‘proletariado’ pouco era por eles atingido – o que não desmerece o fato de terem se tornado eles aquisições históricas que se somaram ao ‘patrimônio’ político-cultural da humanidade

cidade, concentrados em virtude dos processos econômicos de industrialização e concentração do comércio (conforme já se expôs no primeiro capítulo).

De tais movimentos surgiram reivindicações de cunho social, impondo - além dos direitos formais de liberdade, de garantia individual - a necessidade de direitos materiais, de garantia social. Ou seja, não bastava que se imaginasse a igualdade individualizada na vida civil e política, pois se ela não repercutisse, também, nas condições materiais de existência no mundo, a possibilidade e as garantias de efetivação de direitos individualizados seria praticamente nula.

Tais direitos, voltados para a igualdade material nas condições de vida, como ensina Sarlet,

“caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc, revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”¹⁰⁵.

Caracterizaram-se, assim, como *direitos positivos*, pois, em vez da abstenção do Estado, dele exigem uma ação social positiva, destinada à busca de sua efetivação. Além disso, englobam as ‘liberdades sociais’ (sindicalização, greve, férias, jornada de trabalho etc). São caracterizáveis, enfim, como *direitos prestacionais e de garantia de liberdades sociais e de direitos fundamentais aos trabalhadores*.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 51.

3.3.3 - Terceira Dimensão

Os direitos de terceira dimensão emergiram no século XX. Derivaram do aumento de complexidade das relações sociais e políticas entre as camadas sociais e os países, vindo à tona do modo a complementar os demais direitos humanos.

Ao contrário dos direitos de primeira e segunda dimensão, sempre de alguma maneira voltados para o indivíduo, os direitos de terceira dimensão são voltados para a coletividade. Sua característica distintiva reside exatamente na sua titularidade coletiva, difusa.

São exemplos de tais direitos os direitos à paz entre os povos, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento social e econômico de todos na coletividade, à preservação do meio ambiente e à garantia e ao incremento qualitativo da qualidade de vida¹⁰⁶.

Perceba-se que existe uma íntima ligação de tais direitos com a preservação, num sentido macro, da dignidade da vida humana. Afinal, todos eles são voltados para as condições de existência do ser humano, enquanto espécie animal singularizada, no mundo.

¹⁰⁶ Conforme BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 481.

3.3.4 – Contextualização

Importa perceber que, para além de qualquer divisão em dimensões¹⁰⁷, é necessário que se compreenda que os direitos humanos formam um todo, um conjunto de direitos voltados para a idéia de que o ser humano - e sua *condição como ser humano* - deve ser encarado como razão do existir social (diante do confronto entre os interesses econômicos frente aos interesses humanitários). Ou seja, se confrontarmos as razões econômicas e as razões 'humanitárias' da organização do homem em sociedade, as primeiras, sob o prisma de uma pretensa racionalidade do existir humano, demonstram-se instrumentais em relação às segundas (assim como os direitos a elas correspondentes, conforme se verá adiante), que seriam prioritárias.

Tal é plenamente justificável sob diversos aspectos, mas basta, por enquanto, lembrar-se que o homem só se organizou em grupos sociais, nos tempos primevos, como maneira de sobreviver enquanto ser no mundo. Suas possibilidades de concorrer por um espaço no mundo eram isoladamente limitadas, de modo que a organização em grupos sociais era o único meio

¹⁰⁷ Há quem fale, ainda, em direitos de quarta dimensão (como o próprio Paulo Bonavides), centrados no direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Tal dimensão já não é, no entanto, de aceitação tal fácil, posto que, de regra, os direitos a ela referidos são englobáveis pelos das outras dimensões. Como bem Salienta SARLET, "a vida, a dignidade da pessoa humana, as liberdades mais elementares continuam sendo espezinhadas, mesmo que disponhamos, ao menos no direito pátrio, de todo um arcabouço de instrumentos jurídico-processuais e garantias constitucionais. O problema da efetividade é, portanto, algo comum a todos os direitos de todas as dimensões, mais uma razão para encararmos com certo ceticismo o reconhecimento de uma nova dimensão dos direitos fundamentais, antes mesmo de logarmos outorgar aos direitos das primeiras três dimensões sua plena eficácia jurídica e social." (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 56).

viável para se perpetuar como espécie - tanto que a partir disso desenvolveu-se e predominou enquanto espécie animal. Portanto, as questões de ordem econômica nos tempos primevos foram postas como instrumentos de sobrevivência do homem - e não o contrário.

Por decorrência, os direitos humanos não de ser encarados como direitos garantidores da condição humana de existência, a qual, para ser diferenciadora do homem em relação aos restantes animais, há de se caracterizar (ao menos idealisticamente) como condição humana de existência *digna* (como adiante se acentuará). Assim, as demandas pelos direitos humanos das diversas dimensões

“gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade humana”¹⁰⁸.

O que importa, em síntese, é que se perceba que as dimensões dos direitos humanos traduzem uma idéia de complementariedade entre os direitos atinentes à condição humana no mundo.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, pp. 52-53.

3.4 – CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Quando se fala de *direitos humanos*, pauta-se a análise com o entendimento de que toda a racionalidade jurídica a ser construída - mesmo que tenha uma fundamentação finalística (*hipotética*) - pode ter por ponto de partida o raciocínio lógico de formulação de imperativos categóricos (é a partir disto que se avalia o conteúdo de uma norma jurídica como 'bom em si' - *racionalização categórica* - ou 'bom para algo' - *racionalização hipotética*). Com isso, pode-se definir quais são os parâmetros valorativos jurídicos que se sobrepõem racionalmente dentro do sistema jurídico como um todo. E esta definição nos conduz à identificação e análise, dentre os direitos humanos, daqueles que possuem, em termos de funcionalidade do sistema jurídico, um caráter instrumental e daqueles que possuem um caráter essencial, determinante.

Importa ressaltar que não há (e a isso se voltará adiante), entre os direitos humanos fundamentais, uma hierarquia formal - eles formam um todo, em que todos os direitos são relevantes. O que se tem, isto sim, é que alguns dos direitos humanos elencados como fundamentais possuem *prevalência operacional* dentro do sistema jurídico. Eles funcionam como um 'guarda-chuva', que cobre, que envolve outros direitos, a eles ligados em termos de conteúdo. Tal se dá através da compreensão do sistema jurídico como centrado em princípios (diretrizes de conteúdo) - os direitos humanos formariam o conteúdo de princípios operacionalmente prevalentes.

Dentro da idéia garantista de direito, os direitos humanos, então, por consagrarem valores superiores para a vida em sociedade, dão base a normas que contêm princípios valorativos constitucionais, delimitando o âmbito de intervenção estatal na liberdade individual e positivando (consagrando formalmente) as liberdades, atribuições e garantias inerentes a cada cidadão. São eles, portanto, parâmetros racionais valorativos para todo o Direito, pois potencialmente condicionam (no plano do dever ser) todas as relações jurídicas privadas e públicas.

Tais parâmetros, porém, para que tenham eficácia prática no Direito, não poderiam ficar limitados a meras reflexões lógico-filosóficas - é preciso que possuam impositividade jurídica. É o que se dá contemporaneamente por estarem contidos nas Constituições. Vem bem a lição de Sarlet, de que

“os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder (que, ademais, não é comum a todos os direitos), critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional (...). (...) os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que

atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico.¹⁰⁹

Nessa linha, desde o final do século XVIII até nossos dias cada vez mais ficou consolidada a idéia de que os direitos humanos devem ser - e hoje são - elementos nucleares (centrais) das Constituições contemporâneas. As Constituições devem ter suas normas arquitetadas de tal maneira que delas emane logicamente a proteção do ser humano como centro da ordem juridico-social. Trata-se de uma percepção garantista do sistema constitucional¹¹⁰: um sistema de normas voltadas primordialmente para a garantia dos indivíduos como seres humanos e cidadãos.

Há de se salientar existir certa consonância teórica sobre os elementos mínimos - do ponto de vista material, de conteúdo - que uma Constituição caracterizadora de um Estado democrático de direito deve conter. Uma Constituição haveria de ter necessariamente, segundo a contemporânea teoria constitucional¹¹¹, no mínimo os seguintes elementos básicos:

- os direitos fundamentais;
- a definição da forma de Estado;
- a definição do sistema de governo;
- a organização do poder.

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, pp. 60-61.

¹¹⁰ Vide o assunto, mais detalhadamente, no capítulo 4).

¹¹¹ De diversas formas, estão nessa linha de pensamento Paulo Bonavides, José Afonso da Silva, Ferdinand Lassale, Hans Kelsen, Quiroga Laviè entre outros.

Nesse contexto, as normas constitucionais consagradoras de direitos humanos têm especial papel, devido à sua carga valorativa humanística, capaz de fundamentar a validade do conteúdo das demais normas do sistema jurídico¹¹². Elas compõem o conteúdo de normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais. Possuem, assim, normatividade constitucional e impositividade sobre todo o Direito. Em virtude disso, os direitos humanos fundamentais têm força como um vértice axiológico capaz de interpenetrar todos os ramos do Direito e a própria Constituição.

A partir disso, como todo o Direito de um país está vinculado à sua Constituição, todo o Direito de alguma forma está juridicamente relacionado aos direitos humanos constitucionalmente consagrados. Essa relação dos diversos conteúdos do Direito aos direitos humanos fundamentais pode ser *positiva*, quando se refira a normas e atuações jurídicas destinadas a realizar, a efetivar tais direitos, ou *negativa*, quando se refira à necessidade de que normas e atuações jurídicas não os ofendam.

Na Constituição Federal brasileira, então, pode-se falar em dois grupos principais de direitos humanos (princípios jurídicos de humanidade) sob o prisma formal: os direitos fundamentais individuais e coletivos e os direitos fundamentais sociais.

¹¹² Aqui uma observação se faz necessária: não há hierarquia formal entre as diversas normas constitucionais. O que se pode falar é em condicionamento de conteúdo: por isso, é necessário identificar, dentro do sistema constitucional (que por sua vez condiciona o sistema jurídico), quais são os valores superiores da ordem constitucional, para que se delineiem seus condicionamentos valorativos e, por consequência, se compreenda sua sistematicidade axiológica.

Entretanto, sob um ponto de vista *operacional* (de raciocínio prático-interpretativo)¹¹³, os direitos fundamentais podem ser divididos em *direitos humanos básicos* (essenciais para que o cidadão tenha sua condição humana efetivada em sentido pleno) e *direitos humanos instrumentais* (correlacionados aos primeiros, servem para garantir ou operacionalizar a realização destes na vida social).

Os direitos sociais, ordinariamente, teriam um caráter de operacionalização frente a um outro direito humano em especial - o direito a uma existência digna (ao qual se voltará adiante), como finalidades a serem alcançadas, necessárias para que a existência digna do ser humano seja garantida efetivamente. Pode-se dizer que o direito a uma existência digna no mundo é um amplo direito, constituinte do princípio da dignidade humana, o qual seria operacionalizado pelos direitos sociais.

Importa, assim, reforçar que tanto os direitos sociais quanto os direitos fundamentais individuais são direitos humanos, demonstrativos, como foi visto, de uma potencial racionalização da vida humana diferenciadora da condição humana (vivência) frente à condição meramente animal

¹¹³ A idéia de divisão dos direitos humanos num prisma operacional (prático-interpretativo) busca salientar a lógica – desejável, acredita-se – de que a existência digna do ser humano no mundo há de se caracterizar como uma razão de existir da vida humana em sociedade. Tal está conformado à noção garantista de que o ser humano há de ser considerado como centro da organização da vida social, numa solução pelo foco humanista no conflito histórico infundável entre razões econômicas e razões humanistas. Saliente-se que não há hierarquia entre os direitos humanos – eles representam normativamente uma unidade –, mas sim que eles estão, enquanto valores superiores do sistema, como adiante se demonstrará, numa relação de prevalência axiológica condicionada frente às demais normas do sistema jurídico, e se encontram ‘amarrados’ em torno do princípio constitucional da dignidade humana, consagrador do direito à existência humana digna.

(sobrevivência). A distinção entre os papéis desempenhados pelos direitos humanos (básicos e instrumentais¹¹⁴, nos argumentos operacionais aqui propostos), dá-se como distinção de correlação entre direitos fundamentais, distinguindo-se aqueles direitos humanos que exerceriam o papel de *unidade* do sistema jurídico e aqueles que exerceriam o papel de *ordenação* do sistema jurídico¹¹⁵. Não há portanto uma superioridade hierárquica, mas sim uma ponderação e correlação jurídico-filosófica entre os direitos humanos.

Nesse contexto teórico-jurídico, emerge a questão do controle da aplicação e do respeito às previsões normativas constitucionais. Dentro da organização jurídica brasileira, o principal responsável por tal *controle* é o Poder Judiciário¹¹⁶, em suas diversas instâncias.

É sobretudo do Judiciário a responsabilidade jurídica e social de, provocado em ações por particulares, entidades coletivas (por exemplo, sindicatos) ou pelo Ministério Público, fiscalizar os demais órgãos públicos e todos os particulares no respeito e aplicação da Constituição Federal - em especial, no respeito e aplicação dos direitos humanos.

No entanto, a aplicação jurídica propriamente dita dos direitos humanos fundamentais envolve a atuação de todos os Poderes da federação, e de todos aqueles que junto a tais Poderes atuam. Assim, no que respeita ao Judiciário,

¹¹⁴ A qual, insista-se, não se refere a uma suposta hierarquia formal (que não existe), mas sim à consagração de valores superiores, que se condicionam por prevalência axiológica circunstancial. Importa salientar que se trata de prevalência operacional e não de hierarquia.

¹¹⁵ Vide adiante o item 2.5.1, deste capítulo.

foco prioritário das atividades de controle de tal aplicação, estão englobados aqueles que atuam junto ao Judiciário, direta ou indiretamente – juízes, promotores, advogados, professores universitários, servidores públicos do Judiciário.

3.5 – DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO

A Constituição configura-se como o núcleo jurídico estrutural e funcional¹¹⁷ do conjunto de regras e princípios do Direito de cada país. Enquanto núcleo jurídico, ela condiciona as demais instâncias formais e materiais do Direito, tanto sob o ponto de vista da vigência normativa quanto sob o ponto de vista da validade normativa¹¹⁸. Tal não se dá, enfatize-se, apenas por vinculações formais, mas, também - tanto quanto ou até mais -, por vinculações materiais (referentes ao conteúdo valorativo das regras e princípios jurídicos em geral em face das regras e princípios jurídico-constitucionais).

O fato é que a Constituição está no cerne do sistema jurídico. Ressalte-se que este é concebido como uma estrutura (não estanque) tendente à

¹¹⁶ Sobre o papel do Judiciário nos processos interpretativos do Direito e sua relação com a cidadania e a democracia, vide COELHO, Edihernes Marques. **Judiciário e democracia**. In Revista Jurídica Unijus. Uberaba: Uniube/Cone Sul, 2000, v. 3.

¹¹⁷ O aspecto estrutural diz respeito à vínculos normativos hierárquicos dentro do sistema jurídico; o aspecto funcional diz respeito aos vínculos interpretativos dos conteúdos das normas dentro do sistema jurídico.

¹¹⁸ Aos conceitos de vigência e validade voltar-se-á no quarto e último capítulo, enfatizando a abordagem garantista de tal assunto.

realização da idéia de justiça, dimensionado em torno de uma unidade interior principiológica¹¹⁹ e de uma ordenação (racionalização) interna. Mais, ainda: o sistema há de representar, juridicamente, um dimensionamento axiológico (valorativo) e teleológico (finalístico) do Direito. No aspecto unidade interior, estariam os princípios básicos da Constituição, registrando os seus valores superiores. No aspecto ordenação interna, estariam regras e princípios constitucionais, destacando as principais finalidades do sistema.

A primeira grande fundamentação do sistema constitucional é, então, o fato de estar nele - potencialmente, ou seja, no plano do *dever ser* - a estruturação básica do conteúdo de toda a ordem do Direito (e do Estado, por extensão). Vale dizer que se trata da estruturação básica do conteúdo de todo o sistema jurídico. O que se deve dar, assim, de modo sistemático (nos moldes de Claus-Wilhelm Canaris¹²⁰), centrando-se em valores (basicamente normativos) e finalidades/intenções normativas. Por consequência, para se entender o sistema jurídico - brasileiro, em nosso caso - como um todo é preciso analisar sistematicamente a Constituição Federal. Para tal fim, preliminarmente, cumpre destacar os fundamentos teóricos que dão 'vida' às seleções valorativas

¹¹⁹ É de se referir o entendimento de Juarez Freitas (FREITAS, Juarez. **Interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 1995) a respeito do que seja o sistema jurídico. Para ele, o sistema jurídico é um complexo de princípios positivos, sejam expressos ou tácitos, cujo conteúdo, sobretudo no caso dos princípios fundamentais (entre os quais o da 'justiça') transcende àquele que se confere às normas, embora dialeticamente sejam imanescentes ao sistema (p. 120; ver também p. 30). Pode-se dizer que a definição aqui formulada é acorde, no fundamental, a este entendimento do jurista gaúcho. A respeito do assunto, vide COELHO, Edihermes Marques. **Ensaio sobre sistema jurídico**. Uberlândia: IJCon, 2001.

¹²⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

no texto normativo constitucional - fundamentos teóricos de um *sistema constitucional axiológico*.

3.5.1 – Sistema Jurídico e Subsistema Constitucional

O Direito se constitui como um subsistema social¹²¹, cuja síntese referencial - sua base de funcionamento - é o regramento (pré-determinação, num âmbito de dever-ser) de condutas humanas e comportamentos institucionais nas relações sociais (públicas e privadas). Regramento, saliente-se, que tanto se pode dar em termos prévios de interdições, proibições de condutas - numa dimensão repressiva - quanto em termos prévios de estimulação, incentivo de modos de condutas - numa dimensão 'premiar'. De qualquer forma, as regras de conduta individual e comportamento institucional estão previstas em normas jurídicas.

Enquanto subsistema social, o Direito arquiteta-se como *sistema jurídico*. Deve-se ressaltar que o sistema jurídico estrutura-se como ordem valorativa (axiológica), ou seja, os regramentos que o compõem não estão

¹²¹ A sociedade tem diversos 'eixos' de organização da vida coletiva. Cada um desses 'eixos' pode ser compreendido como um subsistema social (subsistemas culturais, políticos, jurídicos), em torno do qual se organizam concepções valorativas, modos de vivência e estruturas de poder.

A idéia de sistema social remete, assim, à análise da sociedade em função dos seus contextos. Qual seja: a sociedade compreendida enquanto 'universo' de articulação (convivência) humana em torno de contextos específicos (como, por exemplo, contextos artísticos, contextos políticos, contextos jurídicos). Eles seriam basicamente intercomunicáveis, embora com função própria enquanto objeto de análise. De registrar, ainda, que, embora não se busque aqui desenvolver as diversas concepções do que significa a vida em sociedade organizada, não são

soltos, mas sim encadeados, interligados, vinculados uns aos outros. Só que se há de afirmar mais: o sistema jurídico dimensiona-se como *sistema axiológico e teleológico*.

Caracterizando-se como sistema axiológico, o sistema jurídico está estruturado hierarquicamente em torno de valores superiores e centrais de toda a ordem normativa (operacionalizados por normas de ordenação, que indicam as finalidades funcionais da ordem normativa). Já enquanto sistema teleológico, está estruturado operacionalmente em função de finalidades que deve cumprir (partindo dos valores superiores, que indicam diretrizes para a interpretação e aplicação das demais normas, inclusive as de ordenação). Com o aspecto axiológico, sedimenta-se a idéia de *unidade* do sistema jurídico; com o aspecto teleológico, sedimenta-se a idéia de *ordenação*.

Quanto à característica de *unidade*¹²² do sistema jurídico, busca-se com ela amarrar os conteúdos de todo o Direito em torno de princípios fundamentais. Significaria, em um sistema jurídico, fundamentar sua lógica (ordenação) a partir de diretrizes de conteúdo (sentido valorativo, de unidade). Com isso, a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral não deve

esposados os entendimentos mecanicistas e formalistas, por aprisionarem a criatividade humana (mas não se nega suas utilidades como instrumentais secundários de análise social).

¹²² Nos moldes de Canaris (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**), a unidade representa a articulação do conteúdo prevalente do Direito em torno de valores superiores, constitutivos do conteúdo dos princípios básicos do sistema jurídico. Constitucionalmente, remete às dimensões intrínseca e extrínseca da Lei Maior: os princípios, por um lado, dando base a sedimentação do sistema constitucional; e a unidade principiológica de todo o sistema jurídico concebida em função da unidade sistemática constitucional.

desconsiderar os valores superiores do sistema jurídico, os quais se consagram como princípios constitucionais..

Quanto à características de *ordenação*¹²³, busca-se com ela fundamentar um 'estado de coisas' na realidade, dando-lhe organização racional intrínseca. A ordenação, em um sistema jurídico, representaria possibilitar a lógica deste sistema, de um modo tal que se lhe permitisse funcionar enquanto sistema sem desconectar-se da realidade subjacente. Trata-se de indicação de quais 'instrumentos' das valorações, de quais finalidades devem ser atingidas para que os valores superiores do sistema possam ser concretizados

Poder-se-ia dizer, pois, que a idéia de ordenação daria a dimensão aparente do sistema, sua fundamentação organizativo-finalística geral, enquanto que a unidade seria responsável pela articulação do sistema, por seu direcionamento de sentido, por seu conteúdo mínimo e superior.

Vale dizer que as intencionalidades/finalidades do sistema jurídico devem ser compreendidas como elementos de um conjunto potencialmente funcional: um conjunto sistemático de valores - aspectos da unidade -, que só se complementa se analisado e aplicado em consonância com tais intencionalidades/finalidades – aspectos de ordenação.

¹²³ Com Canaris (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**), a ordenação (ou ordenação sistemática) é entendida como adequação intrínseca de uma ordem normativa para a realização de valores. Representa, pois, na esfera constitucional, segundo a ótica aqui adotada, *uma racionalização de finalidades do contexto jurídico constitucional* em função de uma busca de realização dos valores superiores da Constituição.

Ora, nessa linha, as idéias de *unidade* e *ordenação* da ordem jurídica justificam-se como indispensáveis às dimensões ético-jurídicas do Direito. Isso porque a unidade e a ordenação, como nexos valorativos e finalísticos, conduzem logicamente a uma dimensão maior do sistema jurídico: *aplicar a unidade significa apostar na axiologia jurídica e aplicar a ordenação significa apostar na teleologia jurídica*. Apostar na axiologia jurídica significa desnudar o fato de que as normas jurídicas em geral não se desprendem de valorações humanas, nem em sua formulação, nem em sua interpretação e aplicação. Apostar na teleologia significa entender que o Direito, como âmbito de dever ser, legitima-se socialmente também pelas finalidades que indica como determinantes de posturas públicas e privadas.

Tal só é possível, sem que se caia num vazio lógico, se houver concatenação sistemática entre a unidade e a ordenação. São, assim, a unidade e a ordenação, conjuntamente, pressupostos estruturais do Direito e elementos de sua funcionalidade, e só podem ser efetivadas dentro de uma tal perspectiva sistemática.

É assim que a idéia de sistema se identifica com a idéia de Direito - a sistematicidade é base para a efetivação do conjunto de valores jurídicos mais elevados. Vê-se, desde logo, que o sistema jurídico justifica-se e legitima-se quando e porque conformado às dimensões valorativas inerentes ao Direito.

Tal consonância da idéia de sistema com os valores jurídicos superiores pode lograr sucesso quando pensada e operacionalizada em uma visão de conjunto que não aprisione a dinâmica do próprio objeto Direito. Ou seja, trata-

se de uma opção sistemática não limitada a vinculações formais entre as normas jurídicas, mas sim voltada para aspectos materiais do Direito (sem desprezar, saliente-se, os aspectos formais). Afinal, o Direito, embora baseado em normas - que são 'estanques' -, tem seus conteúdos em constante mutação, nas atividades interpretativas e aplicadoras.

Isso possibilita, em síntese, que o regramento de condutas humanas e comportamentos institucionais não se divorcie dos aspectos valorativos inerentes ao Direito. O fato significativo, então, quanto ao conteúdo desse regramento, é que ele próprio, nas suas normas, encerra as seleções valorativas feita pelo poder político em função do contexto social (sistema social). Tais seleções - direta ou indiretamente - dão base à identificação dos valores prevaientes na estrutura jurídica. E, para fins da presente abordagem, importa lembrar novamente que o núcleo jurídico da sedimentação desses valores selecionados e privilegiados está na Constituição de cada país.

Por decorrência, como já foi afirmado, a Constituição constitui-se como o nexó do dimensionamento (unidade) e direcionamento (ordenação) de sentido e conteúdo da ordem jurídica como um todo, a partir da realidade social subjacente. É neste sentido, aliás, que se pode entender o afirmado por José Afonso da Silva:

"a constituição, como sistema de normas jurídicas, é (...) como uma estrutura, considerada como uma *conexão de sentido*, o que envolve um conjunto de valores".

Mais, ainda:

"a constituição há de ser considerada no seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como norma na sua conexão com a realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico".¹²⁴

É, portanto, inegável a ligação da Constituição com a realidade social subjacente, por ela juridicamente condicionada. E, sendo a Constituição o vértice valorativo (axiológico) e finalístico (teleológico) do sistema jurídico, o próprio Direito possui essa inter-relação - de condicionamento jurídico - com o meio regulado por ele. Entretanto, ao mesmo tempo, a Constituição também condiciona os demais âmbitos, as diversas 'áreas' do Direito. Pode-se representar tais condicionamentos da seguinte maneira:

áreas do Direito ⇔ Constituição ⇔ realidade social ⇔ áreas do Direito.

De outra parte, se o Direito funciona como um subsistema social, e ele próprio pode ser compreendido como sistema jurídico, suas diversas áreas podem ser entendidas como subsistemas jurídicos.

Por decorrência, tem-se que o subsistema constitucional¹²⁵ é o grande eixo, a grande base de ligação dos subsistemas jurídicos (subsistema civil, subsistema tributário, subsistema penal etc), na estruturação do sistema jurídico

¹²⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 21 e 35, respectivamente.

¹²⁵ Subsistema geral do Direito, que, para os propósitos deste trabalho, é nominado como *sistema constitucional*. Pode-se dizer o sistema constitucional, *enquanto voltado para o nexo do Direito como um todo*, como sendo o *subsistema jurídico predominante*; e, *enquanto pensado em si mesmo*, como sendo *um sistema próprio* - um sistema interno (do mesmo modo que se pode falar no Direito como um subsistema social ou como objeto próprio do sistema jurídico).

como um todo. De formas diversas, de acordo com as peculiaridades de cada sub-área jurídica, os diversos subsistemas estão interconectados através dos princípios básicos (contendo valores e finalidades) do sistema constitucional.

Pode-se assim representar a idéia de sistema jurídico axio-teleológico:

Sistema Jurídico		
Característica	Unidade	Ordenação
	- baseada em valores superiores	- baseada em finalidades
Função	- conectar todas as áreas do Direito aos valores superiores	- possibilitar a realização dos valores superiores no mundo
Forma	- os valores constituem-se como princípios prevalentes	- as finalidades constituem-se como princípios ou normas diretivas
Principal Sede	Constituição	Constituição

Assim, é no subsistema constitucional que estão consagrados normativamente os mencionados valores superiores e a maioria das finalidades principais do sistema jurídico, constituindo-se aqueles como princípios de unidade sistemática, e estas como seus objetivos operacionais.

3.5.2 – Valoratividade Jurídico-Constitucional

Muitas páginas já foram escritas na discussão a respeito da valoratividade no Direito em dois sentidos principais: de ser ela expurgável ou

não dos momentos de interpretação e aplicação; e de ser ela pressuposto do próprio objeto Direito.

Neste último sentido, a emergência do positivismo jurídico nos séculos XVIII e XIX, e após, em seus momentos culminantes na teoria e práticas jurídicas, no século XX, trouxe, por si só, o questionamento do Direito como objeto axiológico e a discussão sobre a ciência jurídica dever ser ciência objetivista ou ciência valorativa¹²⁶.

Em contraposição à 'valoratividade' religiosa (teologia 'jurídica'), por um lado, e ao jusnaturalismo, por outro, o positivismo afirmou que o Direito era Direito enquanto posto e porque posto pelo Estado. Desde tal premissa, pode-se dizer (com alguma economia intelectual) que muitas foram as linhas de pensamento ancoradas na esteira positivista, como os normativismos lógicos, os 'exegetismos', e mesmo os 'conceitualismos'. É de se alertar que, frente à realidade jurídica historicamente anterior ao positivismo, significou ele um profundo avanço para o Direito.

A realidade histórico-social, no entanto, caminhou, sobretudo na segunda metade do século XX, na direção da democracia, e tendencialmente democracia material (não obstante os diversos distúrbios políticos encontrados no percurso). Esta tendência democratizante fomentou a crença no pluralismo de valores e dos modos de vida, deslegitimando o monismo jurídico

¹²⁶ A este respeito, vide MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1989.

formalista¹²⁷ (caracterizador do positivismo). Embora por vezes variável (vide as incertezas causadas pela atual onda neoliberal), a pluralidade democrática, juntamente a fatos históricos a que o positivismo não conseguiu dar resposta jurídica (como os crimes do Nazismo), fragilizaram as teses reducionistas do Direito à esfera legalista (não se confunda ‘legalismo’ e ‘legalidade’ - esta por demais importante como garantia cidadã).

Agregando-se a isto a constitucionalização dos direitos humanos e a consagração dos parâmetros jurídicos a eles conducentes (de interpretação e aplicação das normas), consagrou-se, em especial na segunda metade do século XX, o que pode ser chamado de *vértice axiológico de humanidade no Direito*. Trata-se da objetivação normativa de alguns valores básicos imponíveis como direitos de cada ser humano, por sua simples condição de pertencer à raça humana. Tal objetivação normativa de valores ocorreu em todos os âmbitos normativos, mas, em especial, nas Constituições.

A partir disso, há que se compreender o Direito como objeto insitamente axiológico, em torno do qual se possibilita a convivência humana na pluralidade social. Como a abordagem interpretativa e aplicativa do Direito potencialmente reflete a pluralidade democrática do meio social, a própria ciência (teoria, para alguns) jurídica é ciência de características valorativas.

¹²⁷ As lições de Boaventura de Souza Santos são exemplares nesse sentido (vide, em especial, SANTOS, Boaventura de Souza. **O discurso e o poder - ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

Ou seja, se por um lado a normatividade é contemporaneamente inafastável do Direito - até mesmo como garantia do próprio indivíduo frente à possibilidade de arbítrio estatal (ressalta-se a legalidade) -, por outro lado tal normatividade não é asséptica, pois há nela - independente da ordem jurídica nacional de que se trate - um mínimo de valores superiores a serem respeitados, sob pena de carência de legitimação social.

3.5.3 - Os Valores Superiores e os Direitos Humanos

Mesmo diante de todas as variações históricas do século XX, não se pode negar ser o Direito primariamente um objeto normativo. Como afirmado, a normatividade é mesmo uma garantia para cada cidadão de que há, ao menos formalmente, limites à atuação estatal e parâmetros estáveis para as relações interindividuais.

No entanto, para além disso, incumbe ter consciência de que a normatividade não é cega - ela guarda (pode-se dizer até mesmo que é 'guardiã de') conteúdos, direções de sentido. Como se afirmou em páginas anteriores, somando-se à dimensão normativa, e a interpenetrando, o Direito possui nexos de valoratividade que lhe impingem uma face, e esta deve ser vislumbrada pelo

operador jurídico, intérprete do Direito por excelência¹²⁸. Mas, quais são os parâmetros para a identificação dos valores prevalentes no sistema jurídico?

Primeiramente, há que se rechaçar como possível prerrogativa da valoratividade jurídica a existência de 'uma ética'¹²⁹ pré-existente ao humano' (teológica) ou 'uma ética ínsita a uma inconfundível natureza humana', imponíveis ao Direito. Afinal, tais dimensões até possibilitam circunstancialmente respostas aos problemas jurídico-sociais, no sentido de que alguns valores éticos são facilmente identificáveis como 'naturais' - como a prevalência do direito à vida. Longe, porém, estão tais dimensões de dar luzes de globalidade, racionalidade e segurança aos operadores jurídicos e à sociedade. Até porque, a própria ocorrência de valores pré-existentes ou inatos ao ser humano - a-históricos - é algo questionável, ou ao menos com diversas versões possíveis.

Ocorre que, para além disso, existem, como se afirmou nas páginas anteriores, *direitos operacionalmente básicos* dos homens, e da humanidade

¹²⁸ Evidentemente, o Direito atinge a todos na sociedade, de modo que cada um, no seu microcosmo, acaba sendo intérprete das normas jurídicas: o que se quer ressaltar, porém, é que a interpretação do Direito no plano da aplicação formal e institucional das normas. E, nesse plano, estão envolvidos juizes, promotores, procuradores, professores, delegados etc, todos operadores jurídicos, os quais, por isso, seriam intérpretes do Direito 'por excelência'.

¹²⁹ Quanto à idéia de ética, utiliza-se aqui a definição de Sánchez Vásquez (VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez, *Ética*, 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 23), que afirma que "a ética é a teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade". Inconfundível com a moral, que estaria sediada num mero juízo de bom e ruim a partir de costumes ou crenças, e portanto pode ser particularizada, a ética tem um sentido generalista, composta por proposições indicativas dos princípios gerais de condutas. Seu objeto seriam atos humanos, "os atos humanos conscientes e voluntários dos indivíduos que afetam outros indivíduos, determinados grupos sociais ou a sociedade em seu conjunto" (VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez, *Ética*, p. 24). Evidentemente, as questões morais estão dentro da ética, mas esta é mais ampla e mais profunda (por se referir a padrões de conduta sociais) que a moral.

como tal, que são hoje inalienáveis juridicamente. Tais direitos são frutos de construções sócio-culturais e históricas, conquistas contemporâneas, como, em especial, os *direitos à vida, à igualdade, à liberdade e, sobretudo, à existência digna*¹³⁰.

Ora, no âmago de tais conquistas está a idéia de que o existir humano deve ser marcado por diferenças qualitativas em relação aos restantes animais, demonstrando uma racionalidade humana diferencial. Trata-se de afirmar a importância de que os seres humanos tenham uma existência digna de sua condição racional. E não é possível se pensar em existência humana digna sem que se absorva a necessidade de que o ser humano goze ao menos destes direitos básicos supra mencionados, garantidores de necessidades vitais qualificadas.

Ademais, a democracia contemporânea - por maiores que possam ser suas fragilidades - tem se constituído enquanto ideal em torno da participação cidadã, sendo que a própria idéia de cidadania tem sido analisada sob o prisma formal e sob o prisma material. Poder-se-ia, então, falar em uma cidadania de papel (prisma formal) e em uma cidadania efetiva (prisma material)¹³¹. E não é possível se pensar em cidadania efetiva se o indivíduo não tiver existência

¹³⁰ A dignidade é base, ao mesmo tempo, de um direito (direito de existência digna no mundo) e de um princípio condicionante dos demais princípios constitucionais (princípio da dignidade). É importante salientar que o direito à uma existência digna, consagrador de um valor superior (o ser humano é racionalmente capaz de viver compactuado em sociedade, em condições materiais dignas para todos - o que nos diferenciaria dos animais), é composto e complementado pelos direitos sociais - estes funcionariam como regras de ordenação sistemática frente ao direito de existência digna, que funcionaria como conteúdo de um princípio básico do sistema.

digna, garantindo-se-lhe a vida, a liberdade e a igualdade, pois sem isso não será ele capaz de exercer suas potencialidades democráticas. Para que se possa usufruir da vida, da liberdade e para que a igualdade seja material, é indispensável que o indivíduo possua condições materiais dignas de existência (saúde, habitação etc). Assim, novamente sobressai a idéia de que os direitos do ser humano – com ênfase nos direitos à liberdade, à igualdade, à vida e à existência digna no mundo - têm prevalência axiológica dentro do sistema jurídico¹³².

Para se verificar a imprescindibilidade de tais direitos - o que os consagra como básicos e indispensáveis - pode-se aplicar adaptadamente um raciocínio kantiano¹³³, derivado das fórmulas dos imperativos categóricos. Suponha-se, hipoteticamente, qualquer pessoa, em situação ordinária do cotidiano, deparando-se com uma pergunta: ‘você abriria mão de seu direito à liberdade, tornando-se em sua consciência e de livre vontade escravo?’. Em sua consciência e de livre vontade certamente cem de cem pessoas responderiam igualmente à esta pergunta: não! Isto se dá porque evidentemente um indivíduo sem liberdade não tem como possuir uma existência digna.

¹³¹ Sobre o conceito de cidadania, vide próximo capítulo.

¹³² Em sentido semelhante, Cademartori afirma que “é óbvio que entre os direitos fundamentais que são superiores aos outros, sendo que não podem esses ser limitados por razão alguma (é o caso do direito à vida e à liberdade de consciência, que não podem ser cerceados em nome de nenhuma razão de Estado). São esses considerados pelo garantismo como direitos fundamentais *absolutos*.” (CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade uma abordagem garantista**. pp. 85-86). Vide, também, a distinção entre direitos e garantias, trazida por tal autor (p. 86.)

¹³³ Adaptando-se as idéias que se expôs antes no item 2.2.

A mesma pergunta, em condições ordinárias, feita a respeito do direito à igualdade e a respeito do direito à vida teria a mesma resposta negativa. E, ainda, a mesma pergunta feita a respeito do direito à uma existência digna no mundo teria resposta negativa.

Com isso, pode-se afirmar que tais direitos são imprescindíveis para um e todos os indivíduos enquanto seres pretensamente racionais – consagram valores ‘bons em si’. Por decorrência, o respeito e a busca de concretização social de tais direitos é um imperativo estatal¹³⁴.

Por outro lado, a pergunta feita acima, agora frente ao direito à propriedade, à liberdade de expressão e outros, teria possivelmente a resposta condicional: ‘depende’. Isso porque, como se afirmou, é possível se distinguir papéis operacionais diversos para os direitos humanos, como básicos para dignidade da condição humana de existência ou instrumentais frente a essa mesma condição. Aqueles a que se daria, em termos ordinários, uma resposta negativa incondicionada são tipicamente *direitos humanos operacionalmente básicos*; aqueles a que se daria uma resposta condicionada, seriam *direitos humanos operacionalmente instrumentais*.

É irrelevante, num primeiro momento, se tais direitos têm profundidade (repercussão) variável de país para país, como também é irrelevante neste

¹³⁴ De maneira nenhuma está se restringindo a imperatividade dos direitos humanos básicos à atuação estatal. Eles atingem às relações privadas, sejam interindividuais, difusas e coletivas. O que se quer, no entanto, aqui ressaltar é a vinculação estatal, já que o Estado, se não é a única origem e o único aplicador do Direito (como já o demonstraram os adeptos do pluralismo jurídico), é indubitavelmente o principal aplicador das normas jurídicas a casos concretos não solucionados informalmente pelos interessados. Com isto, o foco de análise é estatal.

ponto o fato de primariamente ser o seu reconhecimento jurídico por diversos países mais formal do que material. Basta, inicialmente, constatar que *existe hoje por parte da maioria dos países, em especial dos países ocidentais, o reconhecimento jurídico de direitos humanos, sobretudo através da consagração de tais direitos nos textos normativos constitucionais (com o que ganham a terminologia 'direitos humanos fundamentais')*.

É bem verdade que, neste início de século, muitos são os fatores que levam ao questionamento da Modernidade e suas pressuposições teóricas - dentre as quais as construções éticas com intuito de verdade e, conseqüentemente, a idéia de que possam existir direitos básicos (fundamentais) inquestionáveis. As constantes guerras (raciais, políticas), os conflitos e atentados com motivação religiosa, a miséria social do 'terceiro mundo', a transnacionalização da economia com seus devastadores efeitos na distribuição do poder entre os países - são todos fatores que 'atropelam' as sociedades atuais e suas supostas verdades. Neste contexto (permeado pela chamada 'terceira onda tecnológica'), vêm à tona os ceticismos pós-modernos, apregoando exatamente o fim das verdades próprias à Modernidade, e afirmando como inevitável o relativismo ético.

Ora, não há que se negar algum acerto no diagnóstico pós-moderno a respeito de certas 'crenças' da Modernidade. Efetivamente, a idéia de que se pode ter conhecimentos absolutos a respeito dos fatos da natureza, assim como as idéias totalizantes a respeito dos parâmetros ideológicos de organização social, são hoje insustentáveis. O conhecimento é relativizado por uma imensa

gama de variações dos fatos e fenômenos naturais, os quais estão em constante mutação. E as sociedades humanas são cada vez mais pontuadas pela pluralidade de pensamentos, culturas e crenças, vivendo na diversidade.

Ocorre que isso não significa necessariamente que não se possa mais pensar a sociedade eticamente. Há de se perceber, com Felix Guattari¹³⁵, que surgem diversificadamente formas renovadas de associação humana, nexos subjetivos de relativa autonomia, articulações 'moleculares' (em pequenos grupos) alternativas em relação à "maquinização tecnológica da subjetividade".

É com base na potencialidade de "revoluções moleculares" que se legitima uma *eticidade transmoderna*. Pensa-se que o próprio ser humano - enquanto potencial de cidadania efetiva e autônoma - representa a dimensão possível de articulação da sociedade e do poder em torno de uma condição de humanidade de todos.

É neste contexto que se impõe a importância da consagração normativa constitucional dos *valores superiores* de sustentação do homem e de sua dignidade - de sua própria condição de humanidade. Trata-se de compreender as sociedades como organizadas em torno do ser humano - mesmo quando, distorcidamente, tal organização existe para legitimar e possibilitar a exploração de uns sobre os outros.

Se o ser humano é - mesmo que formalmente - o centro da existência social, é sempre e sempre possível buscar-se que as consagrações normativas

de direitos básicos imprescindíveis à sua condição de humanidade se constituam em realidade cotidiana, superando as injustiças sociais. Até porque a consagração normativa de tais direitos há de ser compreendida com cunho imperativo e sobreposta - juridicamente - ao restante da ordem do Direito e do Estado. Mas, de que forma se dariam tal imperatividade e sobreposição?

Ressalta-se novamente, pois, a pujança da Constituição em tal sentido. A consagração valorativa constitucional é um instrumento de registro do núcleo da eticidade possível: a eticidade baseada nos direitos humanos 'básicos' (com sua consagração constitucional, 'básicos e fundamentais'), complementados por direitos humanos 'instrumentais' em relação a eles.

Uma eticidade que, de fato, não está além da história, nem compõe um vértice de verdades absolutas - mas se configura, isto sim, como indispensável dimensionamento histórico da virtude de ser e sentir-se humano (dignamente incluído na sociedade). Dimensionamento histórico da condição de humanidade que ganhou assim, em nossos dias, reconhecimento jurídico.

Entretanto, é desejável que se vá mais longe. O reconhecimento jurídico referido é tão somente o ponto de partida, um alicerce mínimo para um desafio maior: *a busca da construção de uma democracia material, ancorável em padrões materiais de cidadania*. Nesse intuito vale que se esteja alerta às dimensões concretas tomadas pelos direitos dos homens e da humanidade.

¹³⁵ Vide a respeito, por exemplo, GUATTARI, Felix. **Revolução molecular: pulsações políticas do desejo**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

É certo que a pluralidade de sentido é desejável dentro da esteira da democracia, mas há de se propugnar que as conquistas ético-históricas da humanidade sejam efetivadas, potencializem-se para concreta aplicação, funcionando, assim, como uma base valorativa imponível - ao menos como referência - na interpretação e solução de quaisquer situações jurídicas. Vale dizer: para além do reconhecimento formal, que garante 'aplicabilidade em tese', há a preocupação com a materialização possível dos referidos direitos básicos, com sua aplicação ou 'aplicabilidade de fato'.

Na feliz expressão de Ollero Tassara (com base em **Los Valores Superiores**, de G. Peces-Barba)

"os valores superiores congregam 'exigências que consideramos imprescindíveis como condições inescusáveis de uma vida digna'; que em última instância a raiz é o homem, como ser racional e livre e que 'essa condição humana, que nenhum outro ser conhecido tem, constitui sua dignidade, o que o faz valer'; que o acordo a que nos remetemos 'não é, pois, arbitrário, mas sim que congrega uma moralidade baseada na dignidade humana: que esta é 'o fundamento e a razão da necessidade desses valores superiores' que são o caminho para fazê-la real e efetiva. Reconhece-se, por tanto, que o homem possui algumas características permanentes valiosas, das quais

derivam exigências capazes de condicionar o mero jogo das maiorias"¹³⁶.

Parte-se, então, da circunstância exposta nas páginas anteriores de que nos dias atuais há uma constitucionalização de valores consagrados por conquistas históricas da civilização (de civilidade humana), constituindo tais valores superiores o cerne de direitos humanos. Tais valores compõem a base axiológica ideal do Estado contemporâneo, pressuposto como idealisticamente centrado no ser humano e em suas condições de existência no mundo¹³⁷.

3.5.4 - Princípios: Valorações e Normatividade

Como se viu nas páginas anteriores, o Direito consagra normativamente valores políticos e sociais. Ocorre que há alguns desses valores que se destacam por serem núcleos de conteúdo, eixos de *unidade* - sistemática - entre vários outros valores. Estes valores são de tal ordem que constituem o conteúdo de direitos humanos (por exemplo, o valor 'a igualdade é boa em si' traduz-se no direito à igualdade entre os seres humanos), e alguns deles ganham a característica especial de direitos humanos básicos.

¹³⁶ TASSARA, Andres Ollero. **Derechos humanos y metodología jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989, pp. 238-239.

¹³⁷ Nesse sentido, vale a afirmação de Serrano, para quem "no estado constitucional os direitos fundamentais não são somente normas jurídicas frutos de uma decisão política voluntária ou decisionista, mas sim que desde sua justificação interna introduzem no sistema uma forte carga axiológica que pretende sua projeção no ordenamento jurídico." (SERRANO, José Luis. **Validez y vigencia – la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica**. Madrid: Trotta. 1999, p. 56).

Num plano jurídico macro, pode-se afirmar que os direitos humanos traduzem valores nucleares gerais do sistema jurídico, entendidos estes como os que resguardam a condição humana de existência, fator legitimante do sistema jurídico. Num plano específico, porém, cada área do Direito terá os seus próprios valores nucleares, identificáveis de acordo com o conteúdo da área jurídica para a qual servem como ponto de unidade (naturalmente, em consonância com os valores nucleares gerais do sistema jurídico)¹³⁸.

A concretização normativa de tais valores superiores - sua previsão em normas jurídicas - dá-se através da formulação de princípios. Um valor é constituído como princípio ao ganhar o caráter de diretriz de conteúdo, diretriz de interpretação e aplicação de outras normas. Pode-se dizer, assim, que os princípios jurídicos representam o lugar normativo privilegiado em que estão localizados alguns poucos mas indispensáveis valores de racionalização da convivência humana em sociedade, constituindo-se os princípios como eixos de unidade operacional do Direito em cada área de sua atuação no mundo.

Em síntese, os princípios jurídicos podem ser definidos como *uma diretriz de conteúdo para o sistema jurídico, possibilitando o direcionamento da criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e de quaisquer conteúdos jurídicos.*

¹³⁸ Assim, tem-se que 'a liberdade é boa' traduz um valor geral, e que 'a liberdade contratual é necessária às relações contratuais' traduz um valor específico do Direito Civil e do Direito Comercial.

O que caracteriza e consagra o princípio para o sistema jurídico é, então, o *dimensionamento de sentido que ele propicia*, na análise das demais normas. Ele é, sobretudo, a consagração dos valores superiores do sistema. É a mesma linha de pensamento de Freitas, ao afirmar que

“por princípio ou objetivo fundamental, entende-se o critério ou a diretriz basilar de um sistema jurídico, que se traduz numa disposição hierarquicamente superior, do ponto de vista axiológico, em relação às normas e aos próprios valores”¹³⁹.

Esse pressuposto valorativo não atinge a normatividade dos princípios jurídicos, especialmente quando constitucionalizados: no seu primeiro plano (formal), eles podem inclusive - como ordinariamente ocorre - ser normas, tendo a imperatividade normativa como característica singular inicial¹⁴⁰. Outra não é a lição de Alexy, para quem os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.”¹⁴¹ Em decorrência, os princípios se caracterizariam como *mandatos de otimização*, normas que ordenam (explícita ou implicitamente) realizar algo ao máximo, na medida do possível, e com

¹³⁹ FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do direito**. p. 27.

¹⁴⁰ Tal afirmação não equivale a dizer que só há princípios relevantes para o Direito enquanto estejam consagrados formalmente como normas. Limita-se a registrar que os princípios, podendo ser formalmente ‘normas’, são duplamente fortes: como enunciações de valores e como normas imperativas. É o que acontece com os princípios constitucionais (p. ex., princípio da igualdade, previsto no artigo 5º da Constituição Federal brasileira).

¹⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86.

diferentes graus de cumprimento (dentre várias possibilidades de considerações reais e jurídicas) em relação a normas e normas-princípio opostos.

Interessa perceber, porém, que não há uma colocação formal sistemática dos princípios na Constituição brasileira. Ou seja, sua colocação 'topográfica' não define, a partir do conceito acima exposto, o caráter de uma norma constitucional como princípio jurídico-constitucional. O que define tal caráter aos princípios é sua condição de diretriz valorativa. Rothenburg, nesse sentido, afirma que não há

“um local específico, uma sede reservada, para os princípios na constituição. Eles costumam apresentar-se desde o preâmbulo e podem ser encontrados em qualquer ponto da constituição ou mesmo dos demais atos normativos infraconstitucionais que compõem o sistema jurídico.”¹⁴².

Pode-se dizer que os princípios constitucionais (tenham ou não denominação formal estrita como princípios) representam um espaço normativo privilegiado em que estão localizados os valores superiores de racionalização da convivência humana em sociedade. De fato, os princípios - valorativos - contidos na Constituição Federal brasileira, vistos em seu conjunto, são a marca de qualquer possível legitimação político-normativa da ordem do Direito e do Estado brasileiros em face da realidade social

subjacente. Tenha a denominação de 'princípio', de 'objetivo' constitucional, de 'direito fundamental', cada valor superior constitucionalmente consagrado é a marca política da inclusão da condição humana como critério de exercício de poder e de constituição da cidadania.

Os princípios, como consagradores dos valores básicos da ordem político-jurídica, encontram na sua constitucionalização, segundo Canotilho e Moreira, a garantia de terem "força normativo-constitucional". Os mestres lusitanos afirmam que "**toda a Constituição é direito**, toda ela é 'lei positiva' e todos os princípios nela consagrados possuem alcance jurídico e compartilham da normatividade própria da Lei fundamental."¹⁴³

Isso significa afirmar, num plano inicial, a importância da normatividade, dar voz e razão ao pressuposto 'normativista' de validade formal¹⁴⁴. Parte-se, assim, da validade formal como referência normativa.

¹⁴² ROTHENBURG, Claudius Walter. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 76.

¹⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**: Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 1991, p. 73. No mesmo sentido, José Afonso da Silva, ao afirmar que "todas as disposições constitucionais têm a estrutura lógica e o sentido das normas jurídicas. São imperativos que enlaçam dois ou mais sujeitos de uma relação, atribuindo direitos e obrigações recíprocas; quando nada, atribuindo situações de vantagem e de vínculo ou desvantagem" (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, p. 51); ainda, GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 126 e 130.

¹⁴⁴ Vale frisar aqui a postura de Robert Alexy, para quem tanto as regras como os princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. "Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes" (ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 86). Saliente-se, no entanto, que não só sob o ponto de vista lógico ("juízos concretos de dever ser") os princípios são normas, mas no mais das vezes, hodiernamente, também sob o ponto de vista formal o são. Vale dizer, além de expressarem juízos de dever ser – e serem normas por isso – são ainda formalmente (juridicamente, como prefeririam alguns) revestidos do caráter legal de normas.

Entretanto, a específica referência aos princípios constitucionais já demonstra (consoante o anteriormente exposto) a preocupação com a dimensão material de validade. Afinal, quando é reconhecida aos princípios - diretrizes de conteúdo do sistema constitucional - validade formal efetiva, por extensão aceita-se que sejam tais princípios - com variável força - *um condicionamento de conteúdo das demais regulações normativas*. Como afirma Barroso,

“o ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.”¹⁴⁵

Os princípios constitucionais são, assim, um condicionamento das emanações legais (emendas constitucionais, leis complementares, ordinárias e delegadas), das regulamentações administrativas (atos normativos em geral),

¹⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 147. Embora vá bem ao afirmar a importância dos princípios na Constituição, há de se discordar de Barroso na sua definição de “princípios fundamentais”: “são aqueles que contém as decisões políticas estruturais do Estado” (p. 151), elencando como princípios constitucionais fundamentais os princípios republicano, federativo, do Estado democrático de direito, da separação de poderes, presidencialista e da livre iniciativa (p. 153). Tal predileção por tais princípios só é admissível se olharmos a Constituição privilegiando seus aspectos internos e políticos institucionais. Se a adotamos como amálgama fundamental material de todo o sistema jurídico e como base da organização político e jurídica da cidadania (centrada na proteção e garantia do ser humano como cidadão, portanto), é preciso ir além, e identificar dentre os princípios constitucionais aqueles que se apresentam como imperativos categóricos da garantia da existência de cada um de nós como seres humanos racionais no mundo. Esta última ótica é a que se adota aqui nesta proposta de um Sistema Constitucional Principiológico.

das 'normatizações concretas' jurisdicionais (decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos) e das próprias atuações privadas (contratos, por exemplo).¹⁴⁶ Assim sendo, percebe-se serem os princípios sobretudo *um condicionamento material de validade*.

A estruturação principiológica do sistema jurídico é, atente-se, plurívoca e verticalizada. A *plurivocidade* reside em que não há que se falar em um vínculo de unidade absoluto e inquestionável, mas em nexos efetivos e dialéticos de valoratividade, com sentidos específicos que se formam caso a caso. Com isso, a vinculação de um princípio ao mundo da vida é redefinida a cada situação em que se discute um fato ou contexto a partir do princípio. A *verticalidade* coloca-se no sentido de que os princípios superiores constitucionais são *hierarquicamente condicionantes* da validade material das normas inferiores¹⁴⁷.

A sistematização do Direito fundamenta-se, então, em princípios gerais-constitucionais. "*portadores de unidade*"¹⁴⁸, que se fazem completar e funcionar, no entanto, por um conjunto de princípios específicos - de área ou temáticos - nomináveis como *subprincípios*, formadores de *subsistemas*. Estes

¹⁴⁶ É claro que se poderia, ainda, falar em princípios gerais supra-positivos como relevantes e integrantes do Direito como um todo. Ocorre que aqui, sendo o intento apontar aspectos fundamentais da idéia de sistema constitucional, privilegia-se a análise principiológica do texto normativo da Constituição, em que a positividade é característica específica.

¹⁴⁷ A idéia de normas superiores e inferiores é aqui tributária do próprio positivismo lógico kelseniano, com sua estrutura hierárquica escalonada (a famosa 'pirâmide kelseniana'). Já a idéia de validade material é tributária do garantismo jurídico, ao qual se voltará no quarto capítulo.

¹⁴⁸ Aqui, por óbvio, é feita uma específica referência à característica de unidade do sistema jurídico, tal qual delineada por Canaris (conforme exposto anteriormente).

subprincípios seriam, pois, verticalmente operacionalizadores dos princípios gerais-constitucionais.

Os direitos humanos operacionalmente básicos (direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à existência digna), por traduzirem os valores superiores referentes à condição humana de existência no mundo, dão vez aos princípios da supremacia da vida humana, da inviolabilidade da liberdade, da igualdade e da dignidade humana. Os quatro são princípios gerais-constitucionais, por funcionarem como diretrizes interpretativas de todo o Direito, tendo, ainda, a já referida característica de indispensabilidade, pelo que condicionam todas as atuações jurídicas..

Ao falar-se em princípios e subprincípios emerge, ainda, a necessidade de uma ressalva: não há entre uns e outros uma separação absolutamente estanque, mas sim uma complementariedade e interpenetração. Isso ocorre, por exemplo, na ótica do sistema constitucional, com o princípio geral da igualdade (“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”), do artigo 5º, e com o subprincípio da igualdade tributária (art. 145, § 1º), ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Constituição Federal de 1988). O subprincípio, em tal caso, serve, num momento imediato, para operacionalizar o princípio e para dar sentido isonômico ao subsistema tributário. Mas, também, devolve resultados, firmando a definição geral do princípio de igualdade.

Em síntese, os direitos humanos são um extrato valorativo mínimo essencial para a justificação racional da vida em sociedade. Consagram-se

como valores superiores do sistema jurídico, constituindo-se como princípios jurídicos, condicionando potencialmente todas as atuações jurídicas.

Para que se possa entender sua real importância na atualidade, é necessário que se contextualizem os direitos humanos com a realidade social que lhes é subjacente. É a partir disso que se pode formular e justificar os parâmetros teóricos adequados para o Direito contemporâneo.

4) DIREITOS HUMANOS E REALIDADE CONTEMPORÂNEA

"A civilização constitui um processo a serviço de Eros, cujo propósito é combinar indivíduos humanos isolados, depois famílias e, depois ainda, raças, povos e nações numa única grande unidade, a unidade da humanidade. (...) Mas o natural instinto agressivo do homem, a hostilidade de cada um contra todos e a de todos contra cada um, se opõe a esse programa de civilização. (...) Agora, penso eu, o significado da evolução da civilização não mais nos é obscuro. Ele deve representar a luta entre Eros e a Morte, entre o instinto de vida e o instinto de destruição, tal como ela se elabora na espécie humana. Nessa luta consiste essencialmente toda a vida, e, portanto, a evolução da civilização pode ser simplesmente descrita como a luta da espécie humana pela vida."¹⁴⁹

¹⁴⁹ FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**, pp. 81-82

4.1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na discussão sobre os direitos humanos, para que possa dar ao estudioso do Direito instrumentos argumentativos satisfatórios, e ao operador do Direito instrumentos teóricos operacionais para as suas atividades práticas, há que se dimensionar a normatividade de tais direitos no sistema jurídico.

E, pela já explicitada prevalência da Constituição no sistema jurídico, tal dimensionamento passa pela análise de tais direitos no sistema (subsistema) constitucional. Sendo aqui o foco centrado na análise das implicações jurídicas dos direitos humanos no Direito brasileiro, trata-se de uma análise voltada ao sistema constitucional brasileiro.

Além disso, a discussão dos direitos humanos na realidade contemporânea, para que se complete o círculo teórico e argumentativo, analisando-se suas condições de eficácia social, não se deve reduzir aos aspectos normativos. É imprescindível que se esclareçam as implicações da realidade econômica, social e cultural contemporânea sobre a efetividade de tais direitos no mundo da vida.

4.2 - DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Referiu-se anteriormente a prevalência operacional de quatro direitos do homem e da sua condição de humanidade, caracterizados como especiais

conquistas históricas. Tratam-se de direitos consagrados pelas ordens jurídicas - especialmente as ocidentais - de nosso tempo. Ou seja: são direitos humanos que ganham, por sua impositividade e positivação, uma adjetivação especial (não formal) - direitos operacionalmente básicos do ser humano.

Seletivamente, nomeou-se como tais o direito à vida, o direito à igualdade, o direito à liberdade e o direito à existência digna, pela já demonstrada indispensabilidade, em condições ordinárias, de sua garantia para a existência do ser humano no mundo.

Tais direitos humanos são elementos referenciais de um ideal de justiça - aqui propugnado -, baseado na vinculação do Direito à concretização cotidiana e efetiva de uma condição de existência diferencial do ser humano do restante dos animais da natureza. Uma condição humana que, como antes se afirmou, consagre a capacidade de organização pretensamente racional da vida em sociedade.

Eles, por resguardarem e consagrarem valores superiores na vida humana, são materialmente superiores dentro do sistema jurídico. É de se lembrar, no entanto, que seria inadequado falar-se em uma hierarquia apriorística e absoluta entre tais direitos e as demais normas do sistema jurídico. Se hierarquia pode ser observada, é no sentido da operacionalidade e correlações de sentido que eles encerram entre si¹⁵⁰.

¹⁵⁰ O que bem já foi delineado por Alexy (ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**).

Nesses termos, vale entender o *direito à liberdade* como regendo a idéia da autodeterminação humana¹⁵¹; o *direito à igualdade* como um pressuposto de relações humanas equilibradas e democráticas, sobredeterminando a idéia de liberdade; o *direito à vida* como um corolário da dimensão de ser todo indivíduo potencialmente livre e igualizado aos outros indivíduos, de modo que as razões de uns seriam, em regra, insuficientes para suprimir racionalmente a vida de outro; e o *direito à existência humana digna* como pressuposto de que haja condições materiais mínimas de vida indispensáveis a cada indivíduo (envolvendo os próprios direitos sociais, portanto).

O direito à existência digna representa, ainda, um nexó fundamental dos direitos antecedentes, uma referência axiológica e teleológica de interpretação e aplicação frente aos demais direitos humanos, indicando, assim, que liberdade, igualdade e vida consagram valores compreensíveis como correspondentes à *base de existência material e espiritualmente digna do ser humano*.

Por conseguinte, ao falar-se na já demonstrada supremacia valorativa (operacional, como antes se afirmou) de tais direitos, busca-se sedimentar uma construção dialética da organização social em torno da dignidade do ser humano.

Reitera-se, assim, o entendimento de que o ser humano é o fundamento básico em torno do qual racionalmente pode-se legitimar e justificar o Estado e

¹⁵¹ Num plano que englobe desde a autonomia individual até a liberdade de participação

o poder (e, conseqüentemente, o próprio Direito como sistema - necessariamente axiológico, portanto). A compreensão destes aspectos passa pela identificação das principais previsões normativas a eles referentes - e valorativa - dos referidos direitos no seio da Constituição Federal brasileira.

4.2.1 - O Direito à Liberdade

O direito à liberdade - cuja inviolabilidade é consagrada na Constituição Federal brasileira de 1988 no caput do seu artigo 5º (aspecto de unidade sistemática¹⁵²) e, de maneira complementar, em dispositivos como os incisos XLI e LIV do artigo 5º (aspecto de ordenação sistemática) - é regulado diretamente (como nos referidos dispositivos) e indiretamente (como na proteção à liberdade de expressão, à liberdade de culto, à liberdade de locomoção etc).

Trata-se, certamente, de um dos menos questionados direitos do homem. Afinal, tem-se tanto as posturas políticas liberais (conservadoras do *status quo*), denomináveis em sua mais recente 'versão' como neoliberais, quanto as posturas mais socializantes, a defendê-lo como direito inalienável.

A compreensão do que seja o conteúdo de um tal direito, porém, não se mostra muito simples. A idéia de liberdade passeia desde as posturas atomistas (o humano como o individual consagrado), passa por dimensões coletivistas (o

política.

individual subsumido ao social) e alcança posições vanguardistas (a subjetividade do indivíduo conectada a núcleos coletivos de subjetivação - nos moldes de Félix Guattari¹⁵³).

Além disso, não se pode olvidar a idéia de liberdade como contraponto ao arbitrio estatal, limitando as possibilidades de intervenção deste sobre os indivíduos. Tal idéia, cujos marcos históricos de sua emergência no mundo foram a independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa, consagrou-se nos séculos XIX e XX, dela derivando diversas questões jurídicas, inclusive alguns princípios de larga aplicação na atualidade, como o princípio da legalidade penal (como limitação à atuação do Estado sobre as liberdades individuais).

Ademais, a liberdade, em sociedades pretensamente democráticas - como boa parte das sociedades contemporâneas -, está diretamente ligada à garantia da pluralidade de pensamentos, expressões, gostos, crenças etc. Agregando-se a isso as liberdades políticas, tem-se um panorama do direito à liberdade: envolve as liberdades individuais (o ir e vir, o fazer ou não fazer), as liberdades de expressão (o pensar ou não pensar, o gostar ou não gostar, o crer ou não crer) e as liberdades políticas (o participar ou não da vida política)¹⁵⁴.

¹⁵² Conforme se expôs no capítulo anterior.

¹⁵³ GUATTARI, Félix. **Caosmose - um novo paradigma estético; O inconsciente maquínico - ensaios de esquizo-análise; Revolução molecular: pulsações políticas do desejo.**

¹⁵⁴ Interessante caracterização da liberdade é traçada por RAWLS (RAWLS, John. **Teoria da justiça.** Brasília: UnB, 1981, p. 68): "as liberdades básicas do cidadão são, de forma geral, a liberdade política (o direito de voto e a elegibilidade para cargos públicos) associada à liberdade de expressão e de reunião; a liberdade de consciência e de pensar; a liberdade pessoal associada ao direito à propriedade; e a liberdade de não ser preso arbitrariamente e de não ser retido fora das situações definidas pela lei".

Em termos de delimitação político-jurídica (num plano de *dever ser*), no entanto, basta que hoje se retenha um mínimo extrato: *a liberdade entendida enquanto capacidade de autodeterminação do indivíduo*, e mediada pela responsabilidade social que a cada um deve caber como cidadão. Ou seja, *a liberdade enquanto potencial de decidibilidade do indivíduo sobre sua vida*, relacionada com a responsabilidade de que o indivíduo não agrida a esfera de liberdade alheia, como modo de preservar a sua própria esfera de autodeterminação.

O direito à liberdade encontra-se constitucionalizado de diversas formas. Por exemplo, o art. 3º, 1, da Constituição Federal prevê como “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária (...)”. Percebe-se aqui uma versão coletiva da idéia de liberdade, no sentido de que a sociedade como um todo deve ser garantida contra a possibilidade de tirania, abuso de poder e totalitarismo, possibilitando-se o desenvolvimento de sua multiplicidade cultural (valorativa, religiosa etc).

No artigo 5º, tem-se o caput como uma ‘mola mestra’ da garantia da liberdade individual enquanto direito humano, ao prever no caput que fica garantida a inviolabilidade do direito à liberdade. Partindo dessa disposição geral, principiológica, aspecto de unidade do sistema jurídico (conforme visto na capítulo anterior), outros dispositivos vêm no sentido de instrumentalizar esta garantia à liberdade. Assim se dá, por exemplo, com os incisos IV, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XLI e LIV do mesmo artigo 5º da Constituição.

Assim se dimensiona, enquanto direito fundamental, o direito humano à liberdade. Parte da previsão constitucional de que se garante a brasileiros e estrangeiros a inviolabilidade do direito à liberdade – consagrando formalmente o princípio da inviolabilidade da liberdade, elemento de unidade do sistema jurídico brasileiro. As demais cominações constitucionais e infraconstitucionais sobre liberdade funcionam como especificações normativas, voltadas à realização concreta de tal princípio geral.

4.2.2 - O Direito à Igualdade

O direito à igualdade, por sua vez, ganha especial força na Constituição Federal de 1988. Tal é o seu dimensionamento na história recente do mundo ocidental e tal é o tratamento normativo que lhe emprestou o legislador constituinte brasileiro, que se poderia até mesmo afirmá-lo como um dos mais relevantes direitos fundamentais em termos de *operacionalização da democracia*.

Afinal, tem-se como pressuposto racional - e científico - que, quanto à natureza humana, todos nascem iguais, e assim devem ser considerados pela ordem de Direito e de Estado. É de bem se frisar, no entanto, que igualdade de natureza humana não significa uniformidade de existência, de pensamento, de sentimentos. Trata-se, isto sim, de claramente determinar que não se admitem diferenciações vindas da ordem jurídica e estatal que possam prejudicar o livre e saudável desenvolvimento das potencialidades de cada um, a não ser que

justificada numa ponderação de princípios garantidores dos próprios direitos humanos¹⁵⁵. E, por conseqüência lógica, cabe ao Estado comprometer-se em estimular e fomentar tal desenvolvimento humano de cada um, e ao Direito assegurá-lo a todos.

A consagração constitucional é generosa com o direito à igualdade. Destaca-se na Constituição Federal de 1988 o artigo 5º, 'caput', traçando o direito geral de igualdade (princípio geral, aspecto de unidade sistemática), ao prever que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se (...) a inviolabilidade do direito (...) à igualdade (...)". Tal dispositivo é complementado, entre outros, pelo inciso I, além dos artigos 12, § 2º, 14, 37, inciso XXI, 145, § 1º, 150, inciso II, 170, VII, 206, inciso I, 226, § 5º e 227, § 6º - disposições estas componentes da ordenação sistemática, por trazerem previsões específicas, voltadas à realização concreta do princípio geral. Assim, o amplo e determinante direito de igualdade do 'caput' do artigo 5º (que, ao consagrar um valor superior do sistema jurídico, caracteriza-se também como um princípio jurídico, conforme se expôs no capítulo anterior) encontra desdobramentos em subprincípios que povoam praticamente todas as dimensões do texto normativo constitucional.

A igualdade firma-se, assim, no Brasil, como um profundo alicerce da potencialidade democrática da Constituição. Trata-se de um dever ser de alto potencial condicionante das práticas jurídicas.

¹⁵⁵ Vide, a respeito a ampla discussão desenvolvida por ALEXY (ALEXY, Robert. **Teoria de**

Sua força operacional determina, inclusive, que se tenha claro que a própria idéia de liberdade só subsiste se ancorada na democrática igualdade de correlações intersubjetivas. Isto porque só é plenamente livre frente ao outro, em relações intersubjetivas, aquele que estiver, sob o ponto de vista de suas condições de existência, em situação de igualdade quanto a um mínimo necessário de condições materiais para que se possa garantir sua condição efetiva de cidadão. Bem ilustra tal idéia o exposto por Ferrajoli:

“as garantias dos direitos de liberdade (ou ‘direitos de’) asseguram a igualdade formal ou política. As garantias dos direitos sociais (ou ‘direitos a’) possibilitam a igualdade substancial ou social. Umas tutelam as diferenças, para as quais postulam a tolerância; as outras removem ou compensam as desigualdades que postulam como intoleráveis.”¹⁵⁶.

Vale dizer que operacionalmente *a igualdade sobredetermina a liberdade*, pois sendo ambos 'direitos públicos' (por serem insitos à cidadania), não devem ser compreendidos senão em conjunto - o que leva à consideração de que a liberdade pressupõe um nível de correlação intersubjetiva de igualdade entre os atores sociais, e ela (liberdade) somente se justifica quando não resultar em desequilíbrios intersubjetivos.

4.2.3 - O Direito à Vida

A análise do direito à vida, nos moldes de inalienável consagração constitucional, traz à tona toda a rudeza de sua violação histórica. Violação histórica registrada ao longo dos séculos, por exemplo, em episódios como as 'cruzadas' religiosas e as atrocidades da inquisição.

Mais recentemente, a violação do direito à vida esteve marcada em episódios de abrangência internacional como as chamadas 'guerras mundiais', a invasão do Afeganistão, a guerra do Vietnã, a guerra do Golfo, e episódios internos - as guerras religiosas étnicas e as ditaduras (todos episódios que teimaram em aparecer no século XX, contrastando como a vertiginosa revolução tecnológica e o discurso de progresso e evolução da humanidade que a acompanhava), além dos diversos atos de terrorismo. Episódios, pois, cuja característica mais odiosa foi precisamente o desrespeito à vida humana, por situações de massacre coletivo ou perseguições individuais.

Tais situações de dramático desprezo por esse 'valor superior' ocorreram de modo especialmente odioso nos campos de concentração e nas opressões ditatoriais, mesmo aquelas de coloração 'humanista' social¹⁵⁷. No

¹⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotá, 1995, p. 907.

¹⁵⁷ Como exemplo, vale mencionar a 'Ditadura Vargas' (1930 a 1946), cuja coloração humanista social fez seu principal artífice, Getúlio Vargas, ficar conhecido como 'pai dos pobres'.

Brasil, tivemos exemplos de tal desprezo, com registros recentes na história brasileira¹⁵⁸.

Tais fatos por si só exaltam a importância da consagração da inviolabilidade do direito à vida no artigo 5º, 'caput' (aspecto principiológico, de unidade sistemática), complementada por disposições como a do inciso XLVII, alínea a) do mesmo artigo. Trata-se de uma proteção (imutável, por força do disposto no § 4º do artigo 60, Constituição Federal de 1988) de duas faces: a vida contraposta à possibilidade de arbítrio estatal e a vida contraposta à própria atuação civil.

Por um lado, a consagração constitucional de tal valor superior implica uma limitação à atuação do Estado, que até pode intervir sobre a liberdade do indivíduo (especialmente em questões penais), mas não sobre sua existência no mundo. Por outro lado, representa uma múltipla obrigação de todos os indivíduos de respeitarem reciprocamente seus direitos à vida, de maneira que a não atuação de um garanta o direito do outro.

Ressalte-se que o direito à vida é pressuposto lógico para a realização dos demais direitos. Só o indivíduo vivo pode ser livre e igual: só o indivíduo vivo tem existência real no mundo; e, portanto, só o indivíduo vivo pode ter uma existência digna.

¹⁵⁸ A respeito daquela que talvez tenha sido a mais brutal ditadura ocorrida no Brasil (1964 - 1984), vale a remissão ao livro-projeto **Brasil - Nunca Mais** (Petrópolis: Vozes, 1986) registrando diversos relatos de torturas e desaparecimentos ocorridos em tal período de opressão política.

Ademais, sua constitucionalização importa já uma realização parcial do direito à dignidade humana. Afinal, se o direito à existência digna é um direito multiplamente condicionante dos demais direitos, é imprescindível, por lógica, que a própria existência no mundo seja garantida.

4.2.4 - O Direito à Existência Digna

A dignidade humana é, antes de tudo, uma razão ética. Se os homens não possuem entre si diferenças ontológicas apriorísticas (a ciência demonstra tal fato), ou seja, se não existem razões prévias na natureza humana que possam justificar a desigualdade; se os homens, como seres a princípio 'iguais em tese', possuem a possibilidade de autodeterminar-se; tem-se, em consequência, que a racionalização da convivência humana só será aceitável (e justa) se baseada na dignidade dos seres humanos em sociedade. Afinal, para ser efetivamente livre e igual como cidadão, frente aos demais cidadãos, é imprescindível que se possua condições materiais de uma existência digna no mundo, as quais potencializariam a liberdade e a igualdade.

O homem seria, como afirmou-se em páginas anteriores, um ser diferenciado dentro da natureza, por todas suas peculiares características físicas, intelectuais e psíquicas. Como já registrava Emanuel Kant,

“o homem, conquanto bastante profano, deve conceituar a *humanidade* em sua pessoa como santa. Tudo o que existe na criação e sobre a parte que se tenha suficiente poder,

poderemos empregar como *simples meio*: unicamente o homem, e com ele toda criatura racional, *é um fim em si mesmo*.¹⁵⁹

Ou seja, o ser humano delinea-se como um fim em si mesmo e, por decorrência, sua humanidade (*condição humana*) deve condicionar tudo aquilo que ele constrói ao seu redor.

Neste sentido, pensar o homem como um ser digno é pensá-lo como um ser capaz de suprir socialmente suas básicas necessidades fisiológicas e capaz de interação cultural com o mundo que o cerca. Vale dizer: o ser humano terá garantida sua dignidade, primeiramente, à medida que puder comer (*alimentação*), sobreviver (*saúde*) e habitar (*moradia*) de um modo decente¹⁶⁰, e, a partir daí, à medida que tiver elementos suficientes para entender e interagir com o mundo ao seu redor (*educação*). Com isso, pode-se afirmar que o direito à existência digna (aspecto de unidade sistemática) pressupõe os direitos à alimentação, saúde, moradia e educação (aspectos de ordenação sistemática), em condições que ao menos lhe possibilitem desenvolver suas potencialidades.

Via de regra, é com isso que se pode faticamente confirmar a apriorística igualdade social entre seres humanos, e é com isso que se lhe possibilita exercer faticamente sua potencialidade de autodeterminação (liberdade) frente aos outros.

¹⁵⁹ KANT, Emmanuel. *Crítica da razão prática*, p. 86.

Aliás, o homem só é humano frente ao 'outro', ou seja, no meio social, e será potencialmente igual nas possibilidades de existência ativa no mundo à medida que for potencialmente igual na dignidade de sua existência social. Como afirma Dalmo de Abreu Dallari,

“justamente porque vivendo em sociedade é que a pessoa humana pode satisfazer suas necessidades, é preciso que a sociedade seja organizada de tal modo que sirva, realmente para este fim. Não basta que a vida social permita a satisfação de todas as necessidades de apenas algumas pessoas, é necessário considerar as necessidades de todos os membros da sociedade.”¹⁶¹.

Uma sociedade ordenada em torno do interesse de alguns poucos, alimentando a estratificação econômico-social, degenera o senso de humanidade. Ao degenerar o senso de humanidade, coloca em constante incerteza a própria condição humana de boa parte daqueles que ajudam a manter a sociedade estratificada, pois somente garantem sua condição à medida que mantiverem os laços com o poder; caso contrário, poderão eles mesmos ser engolidos pela condição de 'excluídos'.

Ora, à medida que a ordem de Direito e de Estado é determinante para a configuração das condições humanas de existência, o direito à existência digna deve condicionar a elaboração, interpretação e aplicação das normas jurídicas.

¹⁶⁰ Salienta-se novamente a correlação do direito à existência digna com os direitos sociais.

A dignidade da existência do ser humano deve ser, assim, um condicionante por excelência da própria *validade material das normas*.

Somente um real estado de interação material e cultural do homem na sociedade é que possibilita agregar ao direito à vida uma especial adjetivação: tratar-se de um *direito à vida digna*. E somente sendo este estado de coisas minimamente comum a todos na sociedade é que a condição humana de existência pode se considerar preservada.

A importância da dignidade humana no contexto dos direitos fundamentais se dá, então, sob dois aspectos: como princípio unificador dos conteúdos dos direitos humanos fundamentais; e como direito humano (fundamental) - direito à existência digna no mundo.

Em sua posição como princípio unificador, sobressai a posição de Edilson Pereira de Farias¹⁶², para quem a dignidade da pessoa humana constituiria um valor unificador de todos os direitos humanos (fundamentais), os quais funcionariam como concretização de tal princípio. Em sua posição como direito humano funciona como uma conjunção de diversos outros direitos (em especial os direitos sociais, difusos e coletivos), constituindo-se como um supradireito: *direito à existência digna* no mundo.

Destaque-se ainda, nesse sentido, a posição de Sarlet, para quem

¹⁶¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998, p. 18.

¹⁶² FARIAS, Edilson Pereira. **Colisão de direitos**, p. 54.

"para a preservação da dignidade da pessoa humana, se torna indispensável não tratar as pessoas de tal modo que se lhes torne impossível representar a contingência de seu próprio corpo como momento de sua própria, autônoma e responsável individualidade. Uma outra dimensão intimamente associada ao valor da dignidade da pessoa consiste na garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, contexto no qual assumem relevo de modo especial os direitos sociais ao trabalho, a um sistema efetivo de seguridade social, em última análise, à proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à asseguaração de uma existência com dignidade."¹⁶³

4.2.5 - Análise Crítica dos Direitos Humanos na Constituição

A Constituição Federal brasileira encerra uma conjugação desses quatro direitos humanos, os quais, por consagrarem a centralidade do ser humano na vida social, caracterizam-se como diretrizes fundamentais do sistema (subsistema) constitucional - por consequência, devido às razões já expostas no capítulo anterior, do próprio sistema jurídico.

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, pp. 107-108.

Tal se dá de um modo tal que possibilita ao intérprete identificá-los como os direitos humanos básicos, desde que se desenvolva um raciocínio referente à sua indispensabilidade, consagrando valores superiores do sistema jurídico e caracterizando-se, então, como os quatro *princípios jurídico-sistemáticos básicos* (por extensão, os princípios básicos da ordem do Direito e do Estado). Representam tais postulados os direcionadores máximos da valoratividade constitucional, o *nexo unitário do sistema constitucional brasileiro*.

Tal interpretação do texto normativo constitucional começa já a partir do preâmbulo (que designa o Estado como democrático e destinado a garantir, entre outros fatores, os direitos sociais e individuais, nomeando a liberdade, o bem-estar, e a igualdade como valores supremos), passa pelos Princípios Fundamentais (Título I), e fecha cerco nos Direitos e Garantias Fundamentais (Título II, Capítulo I) e nos Direitos Sociais (Título II, Capítulo II).

Em termos normativos estritos, a sede principal do núcleo axiológico constitucional brasileiro encontra-se nos Princípios Fundamentais (princípios em termos formais e em termos materiais) e nos Direitos e Garantias Fundamentais (parte imutável da Constituição Federal de 1988).

Esses dois 'Títulos' da Constituição resguardam o espaço básico da pesquisa interpretativa em torno dos valores que devem ser prevalentes¹⁶⁴ para

¹⁶⁴ A prevalência de um princípio/valor superior não significa ser ele absoluto ou estanque. Merecerá sempre, como mediação aplicativa, a interpretação concretizadora, que o adeque às circunstâncias contingenciais. Conseqüentemente, é possível pensar em racionalizações adequadoras do seu conteúdo, baseada na ponderação de princípios.

a ordem de Direito e de Estado. O primeiro 'Título' o faz por ter a *forma* de princípios, nomeadamente sediando os fundamentos, objetivos e "princípios" do Estado brasileiro. O segundo 'Título' o faz por ter entre seus dispositivos ditames materiais que protegem a cidadania ou o exercício livre desta (a cidadania é, pois, o bem maior de qualquer sociedade que se pretenda efetivamente democrática). Nesse contexto estão os valores superiores consagrados pelos direitos à liberdade, à igualdade, à vida e à existência digna (este especialmente na correlação entre os primeiros e nos direitos sociais).

Observe-se que se está indo, ao privilegiar esses quatro postulados, ao encontro da história da humanidade em nosso século, que, diretamente ou por vias avessas, esteve correlacionada à luta popular em torno da garantia de tais valores superiores: inviolabilidade da liberdade, a igualdade entre os homens, a inalienabilidade da vida e a dignidade da existência no mundo.

Já no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 tem-se - como *fundamentos* da sociedade brasileira (entre outros) - os elementos complementares da cidadania (inciso II) e da *dignidade da pessoa humana* (inciso III). A idéia de dignidade resulta subnormada, ainda, no artigo 3º, incisos III e IV (traça como *objetivos* da sociedade brasileira "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" e "promover o bem de todos"). Pode-se colocar, ainda, que a idéia de dignidade da pessoa humana recebe tratamentos normativos complementares (já como subprincípios) em disposições como - por exemplo - as que tratam dos apenamentos criminais (artigo 5º, incisos XLVII, XLVIII, XLIX e L), embora

seja de se salientar, neste caso, que os descumprimentos à Constituição saltem aos olhos.

Quanto à liberdade, tem-se, como disposições diretas, o artigo 3º (como objetivo da sociedade brasileira "construir uma sociedade livre, justa e solidária"), o já mencionado artigo 5º, 'caput' (garante a "inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade" - esta última é relativizada pela vinculação à sua função social); e, como subprincípios, o inciso V do artigo 1º (pluralismo político), os incisos II, IV, VI e IX, por exemplo, do artigo 5º.

Quanto à igualdade, sobram regulações constitucionais a ela referentes. Desde o artigo 3º (IV), passando pelo já mencionado 'caput' do artigo 5º, contando ainda com diversas complementações dispersas pelo texto constitucional. Ressalte-se, no entanto, em conformidade com o exposto em páginas anteriores, o artigo 5º, 'caput' e o seu inciso I, como disposições diretas do princípio de isonomia, restando às demais disposições o papel de subprincípios concretizadores.

A vida, por fim, é um valor consagrado de modo direto no artigo 5º, 'caput', tendo como sub-regulação a alínea "a" do inciso XLVII do mesmo artigo.

É fato não haver uma sistematicidade estanque e articulada pela própria aparência formal dos dois primeiros 'Títulos' de nossa Constituição. O que se mostra facilmente compreensível, desde que se reporte à época da Assembléia Nacional Constituinte. O desenvolvimento das 'atividades constituintes' foi

marcado por um forte e até mesmo complexo conflito de interesses sócio-econômicos, políticos e ideológicos. Vale dizer: a Constituição é o resultado - o extrato - de uma mediação possível entre as diversificadas correntes de interesses. E isto fragiliza a aparência formal de sua estruturação como texto normativo-axiológico.

Tal não é, porém, motivo para intimidar o intérprete constitucional na busca de identificação do núcleo valorativo-operacional básico da Constituição. A sistematicidade jurídica (axiológica e teleológica) não há de ser compreendida meramente como uma formal estruturação normativa, mas somando tal aspecto formal a uma *dialética estruturação de valores (principiológicos)*, fundamentalmente normatizados e materialmente superiores.

Não há que se desprezar, no entanto, a importância da 'leitura' normativa estritamente considerada. Este é um passo primário para que possa o intérprete chegar à propugnada interpretação valorativa operacional. O Direito, enquanto objeto de estudo e enquanto instrumento operacional (instrumento que fundamenta atividades práticas) tem como ponto de partida a sua base normativa; o Direito Constitucional, por extensão, também o tem.

Diga-se mais: embora seja forçoso concluir-se que o Direito não é só um conjunto de normas, e que os horizontes do intérprete/aplicador são mais largos do que estas estritamente consideradas, é evidente que *a consagração normativa é um resguardo e garantia para os valores superiores*. Afinal, com tal normatização, tais valores situam-se acima de críticas positivistas que lhe

imponham a tarja de "meras elucubrações jusnaturalistas": *são normas estatais, dotadas não só da imperatividade insita a tal estatalidade, mas, ainda, alavancados pela especialidade de serem normas constitucionais* (e, segundo a ótica aqui propugnada, dotadas de prevalência valorativa constitucional¹⁶⁵).

É impositivo, portanto, o reconhecimento de um tal núcleo axiológico mínimo dentro da Constituição Federal, o qual, conforme se expôs, está centrado nos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e, em especial, à existência digna do ser humano.

A especialidade do direito à existência digna (operacionalizável através do princípio da dignidade da pessoa humana) é salientada por Sarlet, para quem contemporaneamente

“o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo considerado fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e que com base nesta devem ser interpretados. (...) Não se deve desconsiderar, nesse contexto, que a liberdade e a igualdade são noções indissociáveis da dignidade de cada pessoa humana, justificando – como já visto – o reconhecimento de

¹⁶⁵ Prevalência no sentido de registrarem os valores superiores do sistema jurídico; é importante reafirmar a idéia de que as normas constitucionais têm todas um caráter normativo do mesmo calibre, já por serem 'constitucionais', não havendo sob tal aspecto formal uma distinção entre elas - a distinção é, portanto, valorativa.

direitos fundamentais diretamente vinculados à proteção das liberdades pessoais e da isonomia. Que o direito à vida e à integridade física e corporal garante, em última análise, o substrato indispensável à expressão da dignidade também já ficou evidenciado e pode ser tido como incontroverso.”¹⁶⁶.

Vai no mesmo sentido Alexy, para quem a norma de dignidade da pessoa humana é uma norma fundamental. Mas não qualquer norma fundamental: trata-se da mais geral fonte jurídico-positiva de critérios concretos. Estaria balizada tal norma pelo entendimento do Tribunal Constitucional federal alemão de que ela carrega consigo a “concepção da pessoa como um ser ético-espiritual que aspira a determinar-se e a desenvolver-se a si mesmo em liberdade”¹⁶⁷.

Com rara percuciência, Daniel Sarmento radicaliza (positivamente) a importância do princípio da dignidade humana (e do próprio direito à existência digna, nos termos aqui expostos):

¹⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 113.

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 345. Para Alexy, não há, a priori, nenhum princípio absoluto. Argumenta que os princípios podem se referir a bens individuais ou coletivos, e que se houvesse um princípio que se referisse a bens coletivos que fosse absoluto, uma norma de direito fundamental não poderia limitá-lo, de forma que não poderiam existir direitos fundamentais. Não obstante isso, entende que a Lei Fundamental (Constituição Alemã) parece estabelecer um princípio que é absoluto: “A dignidade da pessoa é inatingível” (art. 1º, § 1º). Para ele, tal artigo estabelece uma regra e um princípio, ao mesmo tempo. Isso não significaria *absolutez* da norma de dignidade. Mesmo que sob certas condições tal norma (princípio) “preceda a todos os outros princípios não fundamenta nenhuma *absolutez* do princípio, mas sim simplesmente significa que quase não existem razões jurídico-constitucionais ‘*incommovibles*’ para uma relação de preferência em favor da dignidade da pessoa sob determinadas condições” (p. 109).

“a dignidade da pessoa humana afirma-se como o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais. Ao deparar-se com um colisão concreta entre princípios constitucionais, tem o operador do direito de, observada a proporcionalidade, adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove.”¹⁶⁸

Conclui-se, então, como já se explicitou antes, que é possível se dividir *operacionalmente* (em termos de raciocínio interpretativo) os direitos humanos em dois grupos: direitos humanos básicos e direitos humanos instrumentais. Os primeiros seriam aqueles consideráveis irrenunciáveis em condições ordinárias de coexistência social; os segundos seriam circunstancialmente limitáveis em condições ordinárias de coexistência social - embora igualmente importantes para a realização concreta dos primeiros no mundo da vida.

O que se tem é que se as condições de existência do indivíduo no mundo podem ser precárias, insuficientes ou deficientes. Pode ocorrer que não se consiga afirmar que o indivíduo possui a satisfação mínima das condições necessárias para que esteja livremente em igualdade de condições para exercer dignamente seu direito à vida. E, assim, estar-lhe-ão sendo sonogados os seus direitos humanos, ao menos nos mínimos aspectos garantidores de suas condições materiais de humanidade.

¹⁶⁸ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de

4.3 - REALIDADE SOCIAL E DIREITOS HUMANOS

Demonstrou-se nos capítulos anteriores que o mundo contemporâneo é entrelaçado, interligado, interconectado (como já se mostrou no primeiro capítulo). As decisões tomadas em um local do mundo refletem em diversas outras partes. Por consequência, as estratégias econômicas e as políticas sociais de um país estão sempre relacionadas às relações deste país com os demais.

Com isso, as crises sociais e as demandas sociais decorrentes, as crises econômicas e as demandas econômicas decorrentes, as crises políticas e as demandas políticas decorrentes, todas elas estão interconectadas. Não significa isso, porém, que as crises e as demandas sejam das mesmas características e do mesmo grau nos diversos países, mas apenas que elas têm motivos semelhantes e formas inter-relacionadas.

No âmbito social (onde estão inseridos os aspectos culturais, e sempre conectado ao âmbito econômico e político, como se viu no primeiro capítulo), tais crises estão ligadas a dois aspectos decisivos: a *desigualdade social na lógica do consumo* e a *desigualdade social na condições para uma cidadania efetiva*.

A partir deles, verifica-se que as desigualdades do mundo contemporâneo redundam em atingimento das condições humanas de existência de uma grande parcela da população mundial e, especificamente, de

uma grande parcela da população brasileira. E, com o atingimento das condições humanas de existência, ficam em xeque os direitos humanos de boa parte da população, e fica em xeque a sua própria condição de cidadania.

4.3.1 - Desigualdade Social na Lógica do Consumo

Releva, neste contexto, entender que as sociedades contemporâneas (salvo exceções, como a sociedade cubana e países africanos e asiáticos) possuem em todo o mundo características básicas semelhantes, as quais podem ser sintetizadas em uma idéia: tratam-se de sociedades de consumo. Mas, o que significa isso?

A expressão sociedade de consumo pode ser vista sob diversas concepções, sobressaindo-se uma noção liberal-capitalística: sociedade de consumo é aquela baseada em relações de mercado, em que os indivíduos todos são vistos como potenciais consumidores dos bens produzidos (produtos e serviços).

Na realidade, de maneira explícita ou implícita, trata-se de uma marca característica das relações humanas contemporâneas. Cada momento, cada atividade, cada comportamento dos indivíduos em sociedade é marcado por uma lógica de consumo de bens. Mensagens as mais diversas apelam à nossa razão, à nossa emocionalidade, aos nossos sentimentos, às nossas necessidades físico-psíquicas para que consumamos, comprando produtos ou pagando por serviços, adotando 'modos de ser' no mundo - esteriotipados pela mídia - ou

adotando valores de vida - padronizados culturalmente. Vê-se, assim, que a lógica de consumo divide-se em duas frentes: o consumo econômico (ou consumo propriamente dito) e o consumo de idéias, ideais e valores (consumo simbólico).

Observe-se que, nesse contexto, no que respeita aos aspectos econômicos do consumo, mesmo as diferenças de capacidade econômica dos indivíduos não é desconsiderada: os produtos e serviços são direcionados em qualidade e preço àqueles que se quer atingir. Por decorrência, os apelos também são, de diversos modos, direcionados para o público alvo da lógica de consumo, segmentado de acordo com suas possibilidades econômicas.

Com isso, em muito fica mascarada uma realidade profundamente dura e cruel das sociedades de consumo: nem todos realmente têm condições de atender a tais apelos. Na lógica do mercado, somente uns poucos são incluídos plenamente; alguns são relativamente incluídos; e muitos estão à margem dos principais benefícios, num simulacro de consumo.

Nos tempos da globalização, portanto, a desigualdade social é, primariamente, de um teor muito específico: diferencia incluídos e excluídos da sociedade de consumo. É de se perceber que a vida cotidiana é baseada na idéia de um consumo constante das mais diversas ordens: consumo de bens materiais, 'consumo' de conhecimento, consumo de lazer, consumo de entretenimento televisivo etc.

Trata-se, portanto, de uma simbologia contemporânea, em que as pessoas acostumam-se a conviver com a lógica de que é fugaz, passageiro e...

consumível! Entretanto, mesmo nesta lógica instrumentalista do ser humano como objeto mercadológico pode-se perceber reflexos de inclusão e exclusão.

A maioria dos elementos materiais e imateriais de consumo são voltados para quem possui poder aquisitivo para pagar. Conseqüentemente, criam-se duas situações de exclusão na lógica do consumo. Primeiramente, daqueles que simplesmente não podem pagar pelos principais bens (materiais ou imateriais) de consumo. Além disso, mais sofisticadamente, daqueles que, para pagarem por um bem 'X' (a cujo consumo são levados por apelos da mídia) precisam abrir mão da possibilidade de usufruírem de outros bens importantes no seu cotidiano.

4.3.2 - Desigualdade Social quanto à Efetividade da Cidadania

Há um contexto mais profundo e importante da idéia de desigualdade social: a desigualdade no âmbito das possibilidades de exercício da cidadania, redundando na idéia de exclusão social. Entendendo-se o exercício da cidadania como o usufruir efetivo de condições materiais de vida dignas, não ter possibilitado tal exercício significa estar socialmente excluído. Idéia de exclusão social que é balizada por vários fatores: exclusão ou semi-exclusão do mercado de trabalho, moradia em condições sub-humanas, falta de acesso aos meios educacionais etc.

Entende-se, entretanto, que a conexão dos problemas de efetivação da cidadania com a proteção e efetivação dos direitos humanos aprofunda

positivamente as questões. Assim, destacados os quatro direitos humanos operacionalmente básicos (liberdade, igualdade, vida e existência digna no mundo), a idéia de exclusão social estará ligada à impossibilidade de usufruí-los (ou impossibilidade de usufruí-los plenamente).

Nesse sentido, tem razão Gilberto Dupas ao eleger a pobreza como elemento referencial da idéia de exclusão social¹⁶⁹, pois ela retira a possibilidade de usufruir os direitos humanos.

Partindo-se da pobreza como referência da exclusão social, a ligação da idéia de cidadania com os direitos humanos - e, em especial, com os referidos direitos humanos básicos - mostra-se umbilical. O que se pode discutir é se a cidadania está ligada a todas as dimensões dos direitos humanos ou apenas aos direitos humanos de primeira dimensão, enfatizando-se seu enfoque político. E isto resta elucidado por uma idéia: não há como ser cidadão sob o ponto de vista da liberdade e da participação política¹⁷⁰ se o indivíduo estiver alijado de condições materiais de existência (dignidade de existência no mundo) que lhe possibilitem realmente usufruir desses dois aspectos de enfoque político em igualdade efetiva de condições com os demais cidadãos.

¹⁶⁹ Para ele, "o enfoque mais conveniente é a pobreza vista como dificuldade de acesso real aos bens e serviços mínimos adequados a uma sobrevivência digna. Nas sociedades contemporâneas, esse acesso é balizado por duas vertentes: a renda disponível, normalmente fruto do trabalho, e as oportunidades abertas pelos programas públicos de bem-estar social (*welfare state*)" (DUPAS, Gilberto. **Economia global e exclusão social**, p. 34).

¹⁷⁰ A título de exemplo, veja-se a definição de Dallari, para quem "a cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social." (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**, p. 14).

Assim sendo, deve-se ressaltar o enfoque na cidadania como cidadania material (baseada na dignidade da pessoa humana, na sua liberdade e na igualdade), que além dos aspectos jurídicos (já analisados no no transcórre deste capítulo e do capítulo anterior) compreende a referência de que não há existência digna sem que o indivíduo tenha acesso efetivo a certas condições mínimas do viver - direito à alimentação, direito à moradia, direito à saúde, direito à educação.

É, pois, logicamente aceitável como universal (dentro da raciocínio de essencialidade já demonstrado) a idéia de que não há liberdade efetiva e nem igualdade (mesmo que mínima) de condições de coexistência sem que se tenha satisfeitas as necessidades mínimas de um existir digno como ser humano. Ressalte-se novamente que tais configurações dos direitos humanos derivam de dispositivos constitucionais (já mencionados anteriormente) agregados a valorações sobre as condições fáticas do existir humano no mundo – planos jurídico-formal e político-sociológico.

A cidadania material, portanto, advém da conjunção do aspecto jurídico-constitucional com o aspecto político-valorativo. É uma democracia efetiva¹⁷¹ - de todo desejável - pressupõe a cidadania material. Com esta se potencializam as condições de participação política de todos e de cada um.

¹⁷¹ Dentro da idéia de democracia, como já afirmado em outro momento, importa "vislumbrar a problemática de efetividade da possibilidade formal de participação dos indivíduos no jogo político. Uma democracia que se satisfaça com as regras formais de participação é uma democracia de aparências: aparentemente, todos podem participar livremente do jogo político. Ocorre que um tal suposto ponto de referência política passa ao largo do fato de que as relações sócio-econômicas - quando baseadas em uma dependência e/ou desigualdade sociais de tal

Isso, porém, indica a necessidade uma atuação estatal dirigida à realização dos direitos humanos (fundamentais). Afinal, em um fase da humanidade em que as relações e estruturas sociais são amplamente multicondicionadas e complexas, o Estado tem um espaço - e dever - ímpar: possibilitar a realização dos parâmetros básicos da cidadania material¹⁷².

Ou seja, é preciso se ter claro que a aposta na cidadania material, no ser humano como ser singular, potencializado efetivamente para a participação política, não dispensa a atuação estatal - antes a pressupõe. Essa importância do Estado e as questões que envolvem sua atuação ganham novos contornos a partir do enfraquecimento da idéia de Estado nacional decorrente da globalização.

O fato, entretanto, é que os níveis de sub-alimentação, analfabetismo e semi-analfabetismo (além da questão da saúde, do desemprego, do subemprego rural etc) existentes na maioria dos países com economias dependentes (e, em especial para os propósitos das idéias aqui desenvolvidas, no Brasil) são fatores efetivamente críticos e emperrantes - quando não impeditivos - da efetivação da cidadania.

grau que segmentem a sociedade - geram dependências políticas decorrentes do desequilíbrio material, viciando a efetividade da participação política democrática." (COELHO, Edihermes Marques. **Democracia, cidadania e globalização**. In: Revista Jurídica Unijus. nº II. Uberaba: Uniube/Cone Sul, 1999, p. 90).

¹⁷² Conforme já exposto no capítulo 2). Tal conclusão é aceita mesmo por pensadores com um enfoque bastante diferente dos ideais jurídicos que aqui estão sendo expostos. É o caso, por exemplo, de DUPAS, para quem "o fator determinante é a efetividade do Estado. Parece claro que a primeira tarefa é garantir os direitos fundamentais à população, a saber: a definição de uma base legal; a manutenção da estabilidade econômica; o investimento em serviços sociais básicos e em infra-estrutura; o amparo aos vulneráveis; a proteção ao meio-ambiente." (DUPAS, Gilberto. **Economia global e exclusão social**. pp. 115-116).

Afinal, quanto melhores forem as condições de vida da população em geral, quanto melhor for o nível de distribuição dos bens sociais, mais estarão habilitados os habitantes de um país a exercerem sua cidadania. Quanto maior for a habilitação material (objetiva) para a cidadania, mais complexas tornam-se as possibilidades de manipulação política, e maiores serão as potencialidades de construção de práticas político-sociais de democracia.

Logicamente, quanto piores forem as condições de vida da população em geral, quanto pior for o nível de distribuição dos bens sociais, mais estarão distantes os habitantes de um país de um efetivo e igualitário exercício de sua cidadania. E quanto menor for a habilitação material (objetiva) para a cidadania, mas simples e fáceis se tornam as possibilidades de manipulação política, e mais frágeis serão as potencialidades de construção de práticas político-sociais de democracia.

Por conseguinte, a exclusão social é inversamente proporcional às possibilidades de efetivação da cidadania material. Ela - exclusão social - significa, assim, *impossibilidade de exercício pleno da cidadania, por não estarem garantidos aos indivíduos os direitos humanos básicos*.

Exclusão que tem elementos às vezes sutis - especialmente nas mutações que tem sofrido o mercado de trabalho -, mas decisivos, especialmente quando se analisam os efeitos que a globalização têm tido nas posições assumidas pelas pessoas em geral no mundo:

"à medida que exclui progressivamente postos formais do mercado de trabalho, o processo de globalização estimula

a flexibilização e incorpora a precarização como parte de sua lógica. Enquanto seleciona, reduz, qualifica - e, portanto, *exclui* - no topo, a nova lógica das cadeias *inclui* na base trabalhadores com salários baixos e contratos flexíveis, quando não informais."¹⁷³

Observa-se, assim, que a exclusão social pode ser caracterizada sob aspectos quantitativos ou qualitativos, explícitos ou implícitos, totais ou parciais. Diante dos dilemas de efetivação da cidadania, a questão que se coloca, então, é de se saber se a globalização contribui para diminuir os efeitos de exclusão social, ou se os efeitos da globalização aguçam tal realidade.

4.4 – GLOBALIZAÇÃO E AS CONDIÇÕES DE EXISTÊNCIA

4.4.1 – Introdução

Foram analisados em páginas anteriores os aspectos históricos da globalização, ligados ao desenvolvimento do capitalismo. Seus aspectos econômicos, referentes à busca de construção de um mercado mundializado, mas economicamente segregado quanto aos resultados. Seus aspectos políticos, ligados à subserviência dos Estados aos interesses dos grandes grupos

¹⁷³ DUPAS, Gilberto. **Economia global e exclusão social**, p. 209.

empresarias internacionais. Seus aspectos culturais, ligados à perda de identidades locais e singulares em prol de uma homogeneização consumista.

Resta, agora, analisar o que a globalização traz para a condição humana de existência no mundo, quais os seus efeitos quanto às condições efetivas de cidadania e, por decorrência, quais seus efeitos sobre os direitos humanos, em especial naquilo que diz respeito às condições materiais de existência digna.

4.4.2 – Análise Econômica¹⁷⁴

As conclusões costumam ir em dois sentidos opostos¹⁷⁵: o otimismo neoliberal e o ceticismo neosocial. Para o neoliberalismo, a globalização, pela constituição de um mercado comum mundial e pela difusão irrestrita de novas tecnologias, constitui-se numa nova fase de progresso humano, que inexoravelmente trará avanços para a humanidade. A exclusão social e econômica seria uma situação a ser administrada e controlada até que, passadas as ventanias iniciais, cada pluma encontrasse o seu lugar no chão.

Para o denunciamento 'neo-social', a globalização é a agudização da exclusão sócio-econômica capitalista, em níveis quase anárquicos. Chega-se mesmo a afirmar que os rumos globalizantes são o prenúncio da ruína econômica mundial, e que

¹⁷⁴ O que aqui é exposto vem em complemento ao que já se expôs no segundo capítulo.

¹⁷⁵ Não se pode olvidar os aspectos de 'globalização positiva', já mencionados, em que sobretudo algumas organizações não governamentais têm atuado de maneira a proteger

“a comunidade mundial deve reconhecer o fracasso do sistema neoliberal dominante. À medida que a crise vai se aprofundando, há cada vez menos vias políticas disponíveis. Além disso, sem reformas econômicas e sociais fundamentais, a ruína financeira mundial não pode ser contida.”¹⁷⁶

Ressalvados os exageros catastrofistas do denunciismo 'neo-social', há, realmente, um atingimento real da vivência humana cotidiana, pois à medida que ocorrem irrefreadas e repentinas tecnologizações dos sistemas produtivos e de comércio, com fluxos cada vez mais irrestritos das relações comerciais entre os países¹⁷⁷, gera-se um custo social que é suportado pelos trabalhadores em geral. Isto afeta a renda familiar, a estrutura de convivência intra e extra familiar, as possibilidades de desenvolvimento das pessoas individualmente consideradas e, em alguns casos, as próprias possibilidades de sobrevivência das pessoas.

Veja-se que os Estados Unidos (EUA) - destacado contextualmente já no segundo capítulo - nas últimas décadas viveram um período econômico ‘dourado’, favorecidos pela fortaleza de sua economia, sediando os principais organismos político-econômicos internacionais e sendo de onde surgem e por onde passam os principais fluxos de capitais do mundo globalizado. Pois

interesses humanitários, o que é potencializado globalmente. Ou seja, o palco da globalização de mercados favorece atuações humanitárias globalizadas.

¹⁷⁶ Michel CHOSSUDOVSKY, *A globalização da pobreza*, p. 22.

mesmo nos EUA o quadro social não tem sido positivo: tirando-se as restritas camadas populacionais detentoras do grande capital, os socialmente excluídos continuam excluídos (mais até, na proporção comparativa com o crescimento de ganhos dos detentores do grande capital - a distância entre as camadas econômicas melhor e prior remuneradas têm aumentado), e os incluídos quase nada ganharam¹⁷⁸ nos últimos dez anos.

Além disso, os EUA são, sem dúvida, o motor e termômetro da economia globalizada, seja pelo montante de capital de investimento que possuem, seja por seu inigualável poder de barganha (quase que de imposição de idéias) em qualquer negociação econômica ou política, seja pelo seu altíssimo desenvolvimento tecnológico produtivo. Nenhuma discussão séria sobre globalização pode deixar de discutir os efeitos desta nos EUA e o papel de tal país no panorama mundial. Foi sobretudo em tal país, através do famigerado consenso de Washington (FMI, FED, Banco Mundial) que 'impôs' ao mundo as crenças que levaram aos mercados globalizados deste início de milênio¹⁷⁹. Mas, e a economia norte-americana diante da globalização? Em termos gerais, cresceu sensivelmente.

Na década de 90, o PIB norte-americano cresceu cerca de 30% em valores brutos, ou 14% se analisado frente ao crescimento da população. As

¹⁷⁷ A isso voltar-se-á adiante, quando se demonstrará que na realidade a irrestringibilidade é voltada para um certo grupo de países; em outros ela é seletiva.

¹⁷⁸ Houve, é certo, um aumento do potencial de consumo; porém, isso se dá muito mais em função da queda de preços médios de certos tipos de bens do que por ganho efetivo de renda (na proporção com os ganhos das camadas privilegiadas pela globalização) das camadas médias e baixas da população.

Bolsas de Valores dos EUA valorizaram-se em média de 1983 a 1998 cerca de 1.336%. A produtividade avançou 46,5% entre 1973 e 1998¹⁸⁰. Esses e outros dados indicam uma economia mais forte, mais vigorosa no período em que os EUA 'impuseram' definitivamente ao mundo a crença na globalização.

4.4.3 – Análise Social¹⁸¹

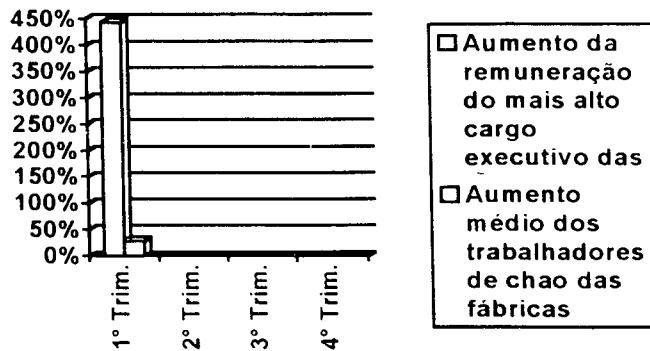
Tal realidade, porém, teve direção diversa quando se tratou de distribuição de riqueza. No período em que o PIB aumentou 14%, o ganho salarial do cidadão de nível de renda médio em quase nada aumentou (cerca de 4,7%). Já para os mais pobres não houve aumento digno de registro.

No período de avanço da globalização (início da década de 80 até nossos dias), aumentaram os níveis de riqueza bruta dos EUA, mas aumentaram junto os índices de concentração dessa riqueza. Veja-se, a título de exemplo, o seguinte:

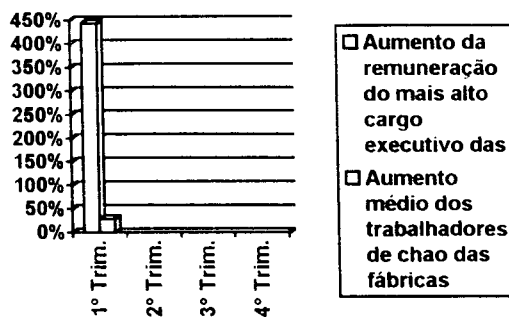
¹⁷⁹ Vide a respeito, por exemplo, CHOSSUDOVSKY, Michel. **A Globalização da Pobreza**.

¹⁸⁰ Dados obtidos através da revista Carta Capital, na matéria Ricos e Pobres nos EUA, (WILNER, Adriana. **Ricos e pobres nos EUA**. Carta Capital. São Paulo: Confiança, 07 de junho de 2000, pp. 54-56).

¹⁸¹ O que aqui é exposto vem em complemento ao que já se expôs no segundo capítulo.



Fonte: United for a Fair Economy, Shifting Fortunes, p. 10.¹⁸²



Fonte: United for a Fair Economy, Shifting Fortunes, p. 10.¹⁸³

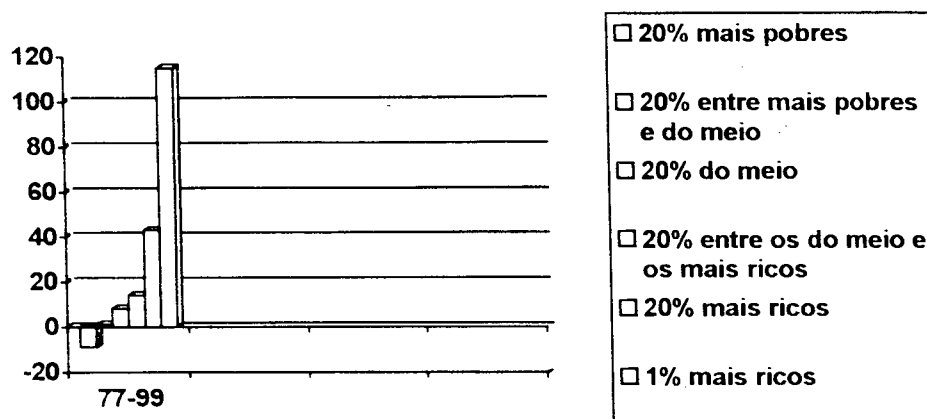
O que se percebe é que a pujança econômica norte-americana e o incremento de suas condições industriais, comerciais e financeiras em geral não diminuíram os níveis gerais de pobreza, nem significaram - proporcionalmente - melhoria no nível de vida da população como um todo.

Agudizaram-se as diferenças entre os mais ricos e os mais pobres, entre os mais bem colocados e os razoavelmente colocados no mercado de trabalho.

¹⁸² Apud WILNER, Adriana. **Ricos e pobres nos EUA**. Carta Capital, p. 55.

¹⁸³ Apud WILNER, Adriana. **Ricos e pobres nos EUA**. Carta Capital, p. 55.

Com as mudanças na renda média das camadas populacionais após o pagamento de impostos entre 1977 e 1999:



Fonte: Center on Budget and Policy Priorities, *The Widening Income Gulf*, 04/09/1999.¹⁸⁴

Ilustrativa, igualmente, é a leitura da situação feita por Anderson:

“cerca de 25% da população mundial controlam 80% da renda anual produzida no mundo, e essa péssima distribuição está piorando. Os Estados Unidos não são um exemplo típico, mas merecem destaque em alguns aspectos. Sua estrutura de distribuição de renda e de propriedade é a mais desigual do mundo industrializado. Nos últimos vinte anos, cerca de 70% de sua população assalariada vêm sofrendo um declínio na remuneração por

¹⁸⁴ Apud WILNER, Adriana. **Ricos e pobres nos EUA**. Carta Capital, p. 54.

tempo de trabalho, o que tem levado à necessidade de jornadas mais extensas ou à multiplicação das fontes de renda familiar.”¹⁸⁵.

Ou seja, o crescimento econômico gerado pela globalização, mesmo no país que pode ser considerado a Meca do mundo globalizado, não gerou desenvolvimento social proporcional. Pelo contrário: monitorado por organismos econômicos voltados para os interesses do grande capital e construído e mantido por estruturas governamentais destinadas a não limitar - pelo contrário - movimentações empresariais concentradoras dos ganhos, o crescimento econômico globalizado aumenta os desníveis sociais.

A realidade brasileira não é diferente. No período de consolidação dos mercados internacionalizados, os dados sociais no Brasil proporcionalmente, na média, involuíram ou estagnaram¹⁸⁶.

A população brasileira, que em 1975 era de 108 milhões de pessoas, passou para 170 milhões em 2000, num crescimento de cerca de 55,75% no período de 25 anos. A média geral de crescimento foi superior a 2% ao ano.

Enquanto isso, por exemplo, o índice de investimentos em educação, que em 1987 era de 4,7% do PIB, passou para 5,1%. O investimento em saúde em 1990 era de 3% do PIB, passando para 2,9% em 1998.

¹⁸⁵ ANDERSON, Benedict. **As promessas do Estado-nação para o início do século**; in HELLER, Agnes et alli. **A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, p. 161.

¹⁸⁶ De acordo com o Relatório de Desenvolvimento Humano 2002, da ONU.

Cerca de 48% do rendimento e do consumo brasileiros estão concentrados na mão de 10% da população. Além disso, 10% da população é subalimentada. Ainda, 11,6% da população brasileira viverá, nos próximos anos com despesas pessoais médias de US\$ 1,00 dia, e 26,5% viverá com despesas pessoais médias de até US\$ 2,00 dia, indicando que 38,1% da população brasileira está dentro da linha geral de pobreza.

Tais problemas sociais se dão em níveis e em proporções de tal complexidade e magnitude, numa realidade mercadologicamente globalizada, que as próprias formas tradicionais de atuação estatal e organização dos trabalhadores ficam dificultadas. Neste quadro, os caminhos de negociação das condições de vida parecem cada vez mais tortuosos:

“a globalização e a inovação tecnológica reduzem a capacidade de manobra dos Estados e dos sindicatos. A mobilidade do capital e a possibilidade de deslocar segmentos da cadeia produtiva para outras regiões desestabilizam a estrutura dos salários, deslocando a concorrência para fora da esfera nacional. Como consequência e todos esses fatores, a disparidade de renda está crescendo; e a pobreza, o desemprego e o subemprego estão engrossando a exclusão social.”¹⁸⁷

¹⁸⁷ DUPAS, Gilberto. **Economia global e exclusão social**, p. 56.

Isso naturalmente gera a necessidade de medidas que atenuem o caldo social negativo que tais processos vão gerando, com desemprego quantitativo (formal) e qualitativo¹⁸⁸, e a conseqüente pauperização das condições de vida e grandes camadas populacionais - sobretudo nos países não incluídos nos processos econômicos globalizados.

Este talvez seja o mais imediatamente dolorido efeito sócio-econômico da globalização: o desemprego (quantitativo e qualitativo). Um desemprego cuja realidade já não é apenas de um ciclo de desenvolvimento tecnológico - é estrutural, pois as novas estruturas produtivas já não comportam uma pura e simples reabsorção da mão-de-obra excedente:

“o desemprego estrutural, causado pela globalização, é semelhante em seus efeitos ao desemprego tecnológico: ele não aumenta necessariamente o número total de pessoas sem trabalho, mas contribui para deteriorar o mercado de trabalho para quem precisa vender sua capacidade de produzir.”¹⁸⁹.

Para De Masi, as relações *mercado de trabalho* ⇔ *empregabilidade* estão definitivamente alteradas. Nos parâmetros tradicionais elas não podem ser equilibradas novamente, como em outros períodos históricos. Na sociedade industrial, o ritmo do desenvolvimento dos sistemas produtivos e do

¹⁸⁸ A expressão ‘quantitativo’ diz respeito ao desemprego formal, ao desemprego propriamente dito; a expressão ‘qualitativo’ remete à idéia de emprego formal mantido, mas com redução de salários, ou, então, demissão de uma empresa e reabsorção por outra ou desenvolvimento de outra atividade, mas com ganho salarial menor.

crescimento do consumo e a ainda baixa tecnologia permitiam a reabsorção da mão-de-obra excedente em atividades de cunho novo. Na sociedade 'pós-industrial', afirma De Masi

“os avanços tecnológicos caminham a tal velocidade que o equilíbrio entre oferta e procura de trabalho fica definitivamente rompido, criando um crescente acúmulo de mão-de-obra em relação às reais exigências da produção.”¹⁹⁰.

A expressão 'sociedade pós-industrial' identifica como é o quadro que o mundo atual está vivendo. Uma realidade econômica baseada em altíssimos níveis de produtividade, num sentido inverso à empregabilidade e aos postos de trabalho disponíveis. A estrutura de produção cada vez depende menos da presença humana - seja qualitativamente, seja quantitativamente. A economia gira em torno de mecanismos nos quais o ser humano é apenas mais uma engrenagem: alto grau tecnológico na produção e ilimitado fluxo de capitais na economia virtual (especulativa)¹⁹¹.

¹⁸⁹ SINGER, Paul. **Globalização e desemprego**. São Paulo: Contexto, 1998, p. 23.

¹⁹⁰ MASI, Domenico de. **Desenvolvimento sem trabalho**, 4. ed., p. 10.

¹⁹¹ Não se desprezam aqui as potencialidades positivas da tecnologização da economia: ela possibilita que seja repensado todo o sistema de vida humana - voltado atualmente para o cotidiano de trabalho -, possibilitando uma realocação das riquezas geradas pelo sistema produtivo e uma conseqüente realocação do tempo cotidiano de cada ser humano, voltando-o para o prazer, a cultura, a estética. Apenas não se pode concordar de maneira quimérica com De Masi (**Desenvolvimento sem trabalho e O ócio criativo**), para quem isto é uma conseqüência futura lógica da história: acredita-se aqui que é algo possível, a depender das opções político-econômicas que predominarem nas próximas décadas, mas que os rumos atuais da economia e da política não autorizam imaginar que estão por vir.

Ora, com o desemprego estrutural gerado pela globalização, gradativamente vão se formando camadas populacionais de 'marginais' (à margem) frente aos mecanismos econômicos contemporâneos, sobretudo nos países periféricos.

Tal realidade é hoje dura, cruel, pois é baseada no cada vez maior enriquecimento de alguns em detrimento do empobrecimento de muitos e da pauperização de outros tantos. Isso em muito se dá pelo fato de que as inovações tecnológicas vieram como ganho econômico-social não distribuído:

“os responsáveis pela organização da produção, cegos pela euforia mercantil, em vez de aproveitar as inovações tecnológicas para produzir os mesmos bens em menos tempo, preferiram produzir mais bens ao mesmo tempo, alimentando uma espiral de consumo muitas vezes caprichosa, porém destinada a, em um dado momento, se esfacular contra a saturação do mercado e contra a mão-de-obra sobressalente.”¹⁹²

O Estado, nesse panorama, nem mesmo conseguiu apresentar respostas que ao menos atenuassem suficientemente os problemas sistêmicos que estavam em gestação e que só ao final do século XX e início o século XXI começam a emergir com força. Pelo contrário: os Estados, dominados politicamente pelos condicionamentos econômicos ao jogo democrático, foram

¹⁹² MASI, Domenico de. **Desenvolvimento sem trabalho**, p. 46.

instrumentos de agudização de todo o processo econômico que nos trouxe à atual realidade cotidiana. Afinal,

“perseguidos pela tecnologia onívora, que devora com a mesma velocidade tanto as atividades operárias quanto as empregatícias e gerenciais, os governos, em vez de reduzir drasticamente os horários e a carga de trabalho, se empenharam em aliviar os empregadores dos impostos, conceder incentivos, aliciar os investimentos estrangeiros no próprio país, desenterrar formas dissimuladas de protecionismo e incentivar a flexibilidade dos contratos.”¹⁹³

O dilema está no fato de que a quantidade de excluídos do mercado produtivo (desempregados e sub-empregados) e de parcialmente excluídos dos ganhos efetivos de riqueza (empregados com diminuição *qualitativa* de ganhos¹⁹⁴) é cada vez maior neste início de milênio, e tende a crescer mais ainda nos próximos anos. Outra não é a leitura histórica de Martin e Schumann, para os quais (utilizando-se de inúmeros dados que demonstram suas teses)

“remanejamentos, simplificações, cortes e demissões - a economia de alta produção e alta tecnologia consome trabalho da sociedade do bem-estar social e dispensa seus

¹⁹³ MASI, Domenico de. **Desenvolvimento sem trabalho**, p. 71.

¹⁹⁴ Há aumento no percentual de ganhos das camadas trabalhadoras com pior remuneração (embora desproporcional ao aumento das melhores remuneradas, como já se viu). Porém, há o

consumidores. Anuncia-se um terremoto econômico e social de proporções até agora não conhecidas.”¹⁹⁵.

Ora, isso gera um desafio tragicamente urgente para a humanidade: ou há um reposicionamento sistêmico sobre tal realidade, ou aceita-se a possibilidade de conflitos cotidianos entre os excluídos e os incluídos, os ‘globalizados’ e os ‘não globalizados’. Talvez haja razão em de Masi, ao afirmar que

“a única alternativa possível contra um conflito progressivo entre os desempregados, sempre mais numerosos, e os ocupados é um redesenho do sistema social, uma nova *Instauratio magna ab imis fundamentis*, como teria coragem de dizer Bacon, que viria descentralizar o poder, aumentaria a autonomia e a subjetividade dos indivíduos, distribuiria de forma equânime a riqueza produzida pelas máquinas, possibilitaria que todos alternassem atividades repetitivas com atividades criativas, daria ao tempo livre plena cidadania como tempo que produz idéias e reproduz a vida”¹⁹⁶.

deslocamento qualitativo de pessoas que compunham as camadas salariais médias para camadas salariais inferiores.

¹⁹⁵ Hans-Peter MARTIN e Harald SCHUMANN. **A armadilha da globalização**, p. 145.

¹⁹⁶ MASI, Domenico de. **Desenvolvimento sem trabalho**, pp. 65-66.

Nesse quadro, até mesmo numa perspectiva neoliberal ao Estado tem sido resguardado o papel de guardião social da globalização, através de atuações que possam minimizar os seus efeitos sociais - o que é muito pouco, mas já é uma admissão dos problemas endógenos dos processos econômicos globalizantes. O próprio Banco Mundial admite isto, quando, por exemplo, em seu relatório no ano de 1997, afirma que

“o desenvolvimento econômico e social sustentável é impossível sem um Estado atuante. Tem se tornado crescentemente consensual a idéia de que um Estado atuante - e não um Estado mínimo - é central ao desenvolvimento econômico e social, ainda que mais como parceiro e facilitador do que como diretor.”¹⁹⁷.

Ocorre que a visão neoliberal é tímida diante da extensão e complexidade dos problemas sociais, além de não atingir as questões estruturais que perpassam o mundo globalizado. Ou seja, aos poucos a humanidade está se colocando num caminho sem volta: ou aceita a convivência conflituosa entre as comunidades dos incluídos e as camadas de excluídos¹⁹⁸ (estas cada vez maiores), ou se repensa com seriedade o próprio modo de existência do homem no mundo produtivo.

Caso a primeira opção predomine, estará em xeque a própria idéia de humanidade, já que a sociedade estaria cindida drasticamente. Caso a opção

¹⁹⁷ Banco Mundial, apud DUPAS, Gilberto. **Economia global e exclusão social**, p. 88.

predominante seja a segunda, será necessário se repensar sistemicamente o homem no mundo, passando dos processos produtivos e de detenção das riquezas até a 'revalorização do ócio' (na feliz expressão de Domenico de Masi).

4.4.4 – Análise Geral

Tem-se, em síntese, que a globalização não representou até agora, nos seus aspectos fundamentais, uma inversão positiva da lógica capitalista: aumento dos ganhos dos grandes detentores do poder econômico, e 'administração' dos efeitos do desenvolvimento das relações de produção em relação às demais camadas populacionais. Bem ilustra tal idéia o raciocínio formulado por Emir Sader:

"se o mundo fosse uma aldeia com mil habitantes, a metade da riqueza estaria nas mãos de apenas 60 pessoas, todas de nacionalidade norte-americana. Oitocentas pessoas da aldeia viveriam em casas de má qualidade, 670 seriam analfabetas, apenas uma pessoa teria educação universitária."¹⁹⁹.

Além disso, nesse mesmo sentido:

¹⁹⁸ Interessa perceber que tal se dá dentro dos países e, internacionalmente, nas relações entre uns países e outros.

¹⁹⁹ SADER, Emir. **Século XX: uma biografia não autorizada**, p. 75.

"a metade da população do mundo - cerca de 3 bilhões de pessoas vive subalimentada, enquanto outros 10% sofrem graves deficiências alimentícias, totalizando 60% dos habitantes do planeta com algum tipo de problema de nutrição. De outro lado, 15% das pessoas do mundo estão superalimentadas. Alimentos não faltam, há excedentes agrícolas - conforme os critérios do mercado, não das necessidades humanas - de 15%. Só são utilizados para a agricultura 11% da superfície total da Terra, isto é, 1,5 bilhão de hectares, mas poderiam ser aproveitados pelo menos mais 2 bilhões de hectares de imediato."²⁰⁰

Seja através do aumento proporcional da distância de ganhos entre as camadas populacionais do 'topo' da pirâmide social em relação às camadas intermediárias e da 'base', seja através de fenômenos como o desemprego quantitativo e qualitativo, seja através da mais fácil e hábil manipulação cultural das expectativas sociais (pela lógica do consumo), a globalização ajuda a cristalizar a lógica da exclusão social, e ajuda a cristalizar as posições sociais dos indivíduos. Com isso, ajuda a manter inalterado o quadro de dificuldades para a efetivação dos direitos humanos, entendidos aqui, como já se viu, como pressupostos de cidadania.

²⁰⁰ SADER, Emir. **Século XX: uma biografia não autorizada**, p. 78.

O que se vê, portanto, é que tanto na realidade interna dos países quanto na realidade externa das relações econômicas internacionais, a humanidade é marcada por uma malha de desigualdades econômico-sociais de diversas ordens. Tais desigualdades em alguns locais são aguçadas pela globalização e as mudanças que ela gera (é ilustrativa a situação da muito recentemente pujante economia da Argentina neste início de milênio), e, em outros, ela dificulta a superação das desigualdades existentes (relembre-se o aumento das distâncias entre as melhores remunerações e as piores remunerações - exemplificada com os EUA -, e o desemprego qualitativo).

No Brasil, não obstante o desenvolvimento dos processos econômicos, a desigualdade social continua marcando a realidade cotidiana. Embora haja dados bastante díspares (pesquisas da FGV, do IPEA, do IBGE e outros), pode-se estimar que cerca de 25 a 35% da população brasileira vive na linha de pobreza ou abaixo dela. Embora de maneiras diversas e em graus diversos, valem, nesse contexto, as perguntas feitas por Faria:

“para estes segmentos, afinal, qual é o significado do direito à propriedade se não dispõem de condições efetivas para se tornarem proprietários? Do mesmo modo, qual o sentido do direito à livre iniciativa se não dispõem de terras para cultivar? O que representa o direito à inviolabilidade do lar para aqueles que, nas favelas, nos guetos e nas periferias, têm seus barracos, cortiços e casas invadidos pela polícia e presos sem ordem judicial? (...) Que

credibilidade têm as leis e os códigos quando muitas de suas normas são editadas e reeditadas conforme os interesses conjunturais do poder econômico? Que validade têm textos constitucionais que concedem direitos impossíveis de serem reconhecidos ou concretizados, por ausência de leis regulamentares destinadas a torná-los eficazes em termos tanto formais quanto materiais?²⁰¹

Trata-se, portanto, de se ter claro que os problemas, para o universo do Direito, estão situados no modo como os operadores jurídicos²⁰² (em suas mais diversas atividades) encaram o cotidiano de sua atuação. E tal modo é fruto de dois aspectos imbricados: as opções político-ideológicas adotadas e a base teórica de suas decisões e posturas.

O grande desafio é fazer efetivas as regulações jurídicas (sobretudo constitucionais) das questões sociais. Os governos (executivo e legislativo), sobretudo dos países periféricos, de linha ideológica neoliberal – por mais que tal ‘rótulo’ seja negado – constróem uma arcabouço legislativo que protege os direitos individuais e sociais amplamente. Tal inserção normativa, no entanto,

²⁰¹ FARIA, José Eduardo. **Democracia e governabilidade: os direitos humanos em face da globalização econômica**. In FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e globalização econômica**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 146.

²⁰² Foge-se aqui da noção tradicional de operadores jurídicos, segundo a qual estes seriam os que exerceriam funções profissionais típicas aos bacharéis em Direito. Interessa uma noção mais ampla, segundo a qual operador jurídico é todo o indivíduo responsável cotidianamente pela criação ou aplicação do Direito, onde estão incluídas mesmo as atividades privadas típicas dos bacharéis em Direito, sem que, no entanto, deixe-se de lado atividades estatais sob responsabilidade de não bacharéis, mas que são determinantes para a efetivação ou não de normas jurídicas – mormente as referentes aos direitos humanos fundamentais: a administração de um ministério da saúde, de um ministério da educação, a elaboração e votação de leis etc.

tem efeitos perversos: estando garantidos normativamente, os direitos de cidadania não precisariam mais ser conquistados, mas apenas efetivados, e a efetivação seria um problema mais para cada cidadão do que para a coletividade. Com isso – agregado a outros fatores que adiante se abordará - há uma desmobilização de movimentos sociais organizados e sindicatos, o que colabora decisivamente para que os direitos humanos (individuais e sociais) sejam ‘direitos de papel’.

Isso se dá paralelamente a uma forma diferente de exclusão social: à exclusão social quantitativa soma-se a exclusão social qualitativa. Explique-se: a exclusão social²⁰³ é categorizada aqui como quantitativa no que respeita àqueles que estão fora do mercado de trabalho e, conseqüentemente, da idéia de sociedade produtiva. A exclusão seria qualitativa em relação àqueles que estão no mercado de trabalho mas têm sua condição financeiro-econômica reduzida de uma maneira tal que a dignidade de sua sobrevivência individual e social é cotidianamente posta em xeque. Os primeiros, como afirma Faria,

“condenados à marginalidade sócio-econômica e, portanto, à fome, ao trabalho muitas vezes escravo, à exploração e a condições ‘hobbesianas’ de vida, esses amplos segmentos miseráveis, indigentes e pobres da população jamais aparecem, no continente, como portadores de direitos subjetivos públicos nem como

'sujeitos de direito' enquadrados nas garantias fundamentais e nas liberdades estabelecidas pela ordem constitucional.²⁰⁴

Os segundos - excluídos qualitativamente - possuem condições de sobrevivência mínimas, mas cada vez mais caracterizam-se como cidadãos de segunda categoria.

Além disso, embora não existam dados confiáveis em termos quantitativos, há outros aspectos que denotam os problemas de debilidade nas condições de existência digna: insuficiência quantitativa de habitações e deficiência qualitativa nas condições de núcleos urbanos habitacionais; precariedade dos sistemas de saúde; desemprego quantitativo e qualitativo crescente.

Com a desigualdade que marca a realidade social brasileira, há a ofensa (explícita e velada) aos direitos humanos básicos. Como se viu em páginas anteriores, se as condições de uma existência digna não estão garantidas - e os níveis de desigualdade social o indicam - impossibilitadas são as condições de uma coexistência social igualitária quanto a um mínima de qualidade racional de vida, e limitadas são as possibilidades de um pleno exercício da liberdade individual. Por decorrência, a vida de cada um é posta em xeque - seja quanto à longevidade, seja quanto à qualidade.

²⁰³ A exemplo da questão do desemprego quantitativo e qualitativo, abordado no primeiro capítulo.

²⁰⁴ FARIA, José Eduardo. **Democracia e governabilidade: os direitos humanos em face da globalização econômica**, 145-146.

No entrelaçamento de tais situações é que emerge como direção final a opção ideológica pela prevalência dos direitos fundamentais sobre os interesses econômicos e a adoção do garantismo jurídico como teoria jurídica necessária para a garantia jurídica dos direitos fundamentais frente à globalização.

Assim, se os direitos humanos estão sendo, velada ou explicitamente ofendidos ou relativizados, tem-se que a atuação para superar tais ofensas vai em três principais caminhos: no campo político-social, uma profunda readequação das políticas públicas, sobretudo das políticas públicas sociais; no campo político-econômico, uma profunda rediscussão e redefinição da atuação econômica do Estado; e no campo jurídico, *um redimensionamento da teoria jurídica*, em torno de categorias que instrumentalizem positivamente a atuação do Direito em favor dos direitos humanos, em especial dos direitos humanos básicos.

Esta última preocupação é a que permeia este trabalho. Entende-se que o Direito (instrumentalmente, a teoria do Direito) não mudará a realidade em que se vive – isto somente se dará através de lutas sociais e do jogo político. Porém, dentro do universo jurídico pode-se buscar a otimização de instrumentos de garantia e efetivação dos direitos humanos.

Com isso se pode especialmente contribuir para bloqueios jurídicos de violações aos direitos humanos e para limitações e vinculações jurídicas de políticas públicas que possam atender às demandas jurídicas humanistas do atual momento histórico da humanidade. Entende-se que no plano da teoria

jurídica o que mais adequadamente possibilita tais bloqueios, limitações e vinculações é exatamente a teoria garantista do Direito.

5) O GARANTISMO COMO TEORIA JURÍDICA ADEQUADA À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

"Na verdade, os meios de mudar a vida e de criar um novo estilo de atividade, de novos valores sociais, estão ao alcance das mãos. Falta apenas o desejo e a vontade política de assumir tais transformações. É verdadeiramente indispensável que um trabalho coletivo de ecologia social e de ecologia mental seja realizado em grande escala. (...) A condição para tais mudanças reside na tomada de consciência de que é possível e necessário mudar o estado de coisas atual e de que isso é de grande urgência. É apenas em um clima de liberdade e emulação que poderão ser experimentadas as vias novas do habitat e não através de leis e de circulares burocráticas."²⁰⁵

²⁰⁵ GUATTARI, Felix. *Caosmose um novo paradigma estético*, p. 174.

5.1 - O GARANTISMO E OS DIREITOS HUMANOS

A validade normativa, diferenciada da vigência como se viu, está vinculada aos conteúdos das normas jurídicas. E tal vinculação nos remete à consagração dos valores e finalidades superiores do sistema jurídico, traduzidos em princípios jurídicos (constitucionalmente destacando-se aqueles princípios que resguardam os direitos humanos). Assim sendo, nos caminhos trilhados nos capítulos anteriores, vislumbrou-se que tais valores e finalidades superiores do sistema jurídico, numa pretensa racionalização jurídica garantista, encontram sua sede primária e principal nos direitos humanos básicos.

No pensamento garantista os direitos humanos básicos (fundamentais) funcionam, assim, como critério valorativo na formulação dos juízos de validade normativa, papel decisivo dentro do sistema jurídico. Ressalte-se, entretanto, que as especificações dos papéis jurídicos dos direitos humanos são definidas historicamente e, por decorrência, variáveis no tempo e no espaço.

Falar-se em direitos humanos como critério valorativo do sistema jurídico, entretanto, *não significa que eles tenham caráter absoluto*, mas sim (e apenas, se assim se pode dizer) que eles possuem *prevalência axiológica* na interpretação sistemática do Direito e *preponderância operacional* (prática, na solução de problemas concretos) na interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral.

Não obstante isso, entende-se que se destacam alguns direitos humanos *básicos* (como já se viu nos capítulos anteriores), pois seriam refratários a limitações por outros direitos (a não ser, segundo o que aqui se defende, numa interpretação sistemática e, a princípio, entre eles mesmos) e estariam supra-ordenados frente aos demais conteúdos normativos. Assim se dá em relação ao direito à vida, ao direito à liberdade, ao direito à igualdade e ao direito à existência digna no mundo.

É nesse contexto que, conforme se expôs anteriormente, os direitos humanos (em especial os direitos humanos básicos) representam a consagração de valores superiores dentro do sistema jurídico. Superiores porque tais valores indicam a centralidade do ser humano para a vida 'organizada' em sociedade.

Bem assinala Peña Freire que

"os direitos fundamentais são a expressão jurídica dos valores e opções centrais do pacto social, o que quer dizer que estes não são senão o fundamento daqueles. A principal consequência desta conexão com os valores externos nos leva a considerar os direitos fundamentais como o vaso comunicante ou a linha de transmissão dos valores consagradores da centralidade da pessoa frente ao resto da ordem jurídico-política."²⁰⁶

²⁰⁶ FREIRE, Antonio Manuel Peña. **La garantía en el estado constitucional de derecho**. p. 108.

Outra não foi a constatação a que se chegou nos capítulos terceiro e quarto. Se há racionalidade possível para a vida em sociedade, tal deve se basear no ser humano como referência central para a organização das relações sociais e políticas. É, aliás, partindo desse mesmo entendimento que Peña Freire propugna que tais valores se imporiam juridicamente frente a quaisquer outros valores ou princípios de justiça. Para ele,

"os direitos, para expressar plenamente os valores que dão sentido ao Direito - entendido agora como ordem jurídica ou direito objetivo - encontram seu fundamento em valores básicos que definem a centralidade da pessoa e que (...) são a dignidade, a liberdade e a igualdade"²⁰⁷.

De imediato, por conseqüência, sobressai a opção por aqueles valores que foram categorizados em páginas anteriores como os valores superiores por excelência dentro do sistema jurídico (a liberdade, a igualdade e a dignidade como representações de uma mínima condição de humanidade para os seres humanos em uma sociedade civilizada). Isso se daria de tal modo devido a tais valores traduzirem bens indispensáveis ordinariamente a todo e a qualquer ser humano (ao contrário de outros bens, que seriam 'negociáveis'), agregando-se-lhes apenas a própria imprescindibilidade da vida (já que sem ela nenhum desses valores tem sentido).

Outro não é o sentido do pensamento de Ferrajoli, para quem

“os direitos fundamentais (...) correspondem efetivamente àquelas faculdades ou expectativas de *todos*, que definem as conotações substanciais da democracia e que estão constitucionalmente subtraídas ao arbítrio das maiorias, como limites ou vínculos inafastáveis das decisões de governo: pense-se no direito à vida, nos direitos de liberdade, nos direitos sociais à subsistência, à saúde, à instrução, à conservação do ambiente e outros semelhantes.”²⁰⁸

Ressalte-se, ainda, que a fundamentação axiológica do sistema jurídico sobre os direitos humanos em geral, e os direitos humanos básicos em especial, conecta-se à própria idéia de vida em sociedade. Afinal,

“os direitos fundamentais correspondem a valores e a necessidades vitais da pessoa, histórica e culturalmente determinados. E através de sua qualidade, quantidade e grau de garantia que pode ser definida a qualidade de uma democracia e medir-se o progresso.”²⁰⁹

Ou seja, a consagração formal e o respeito efetivo aos direitos humanos representariam sintomas de racionalidade das relações humanas. Quanto mais amplos forem a consagração e o respeito a eles, mais próximo se estaria (ou se

²⁰⁷ FREIRE, Antonio Manuel Peña. **La garantía en el estado constitucional de derecho**, p. 110.

²⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 883.

²⁰⁹ *Idem*, p. 916.

estará) de uma vida social racionalizada para todos os seres humanos. Quanto mais restritos forem a consagração e o respeito, mais distantes dessa almejavél racionalização se estaria.

Nesse contexto sobressai a vinculação das diversas instâncias de atuação jurídica aos direitos humanos (fundamentais). Eles possuem efeitos vinculantes difusos por todo o sistema jurídico e por todas as relações públicas e privadas. Evidentemente, pelo próprio conteúdo específico de tais relações, o modo como tais vinculações se configuram é diverso em um e outro âmbito. De qualquer forma, porém, existe tal vinculação ao menos como limite para o desenvolvimento das diversas relações com caráter jurídico (direto ou indireto), as quais não podem violentar os direitos humanos básicos.

Tem especial importância, no âmbito das relações públicas, a vinculação do Poder Judiciário (em suas diversas esferas) aos direitos fundamentais, pois ele têm um papel fiscalizatório do respeito e efetividade de tais direitos. Bem afirma Ingo Sarlet²¹⁰ que os órgãos do Poder Judiciário

"não apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, mas que exercem, para além disso (e em função disso) o controle de constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais, de tal sorte que os tribunais dispõem (...) simultaneamente do poder e do dever de não aplicar os

atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos os direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade."²¹¹.

Trata-se, aqui, de uma dimensão 'negativa' do potencial vinculatório dos juízes e tribunais aos direitos humanos, no sentido de que os atos e decisões dos diversos entes privados e dos órgãos estatais não devem estar em conflito com a proteção jurídico-constitucional dada a tais direitos.

Há, entretanto, uma dimensão 'positiva' desse potencial vinculatório, traduzível pela idéia de que os entes privados e os órgãos estatais (especialmente os judiciais) devem outorgar às normas jusfundamentais a maior eficácia possível dentro do sistema jurídico. Assim,

"no âmbito destas funções positiva e negativa da eficácia vinculante dos direitos fundamentais, é de destacar-se o dever de os tribunais interpretarem e aplicarem as leis em conformidade com os direitos fundamentais, assim como o dever de colmatação de eventuais lacunas à luz das normas de direitos fundamentais, o que alcança, inclusive, a jurisdição cível"²¹².

No âmbito das relações privadas, a eficácia vinculatória dos direitos humanos fundamentais se dá dentro de uma esfera condicionada de liberdade.

²¹⁰ Autor cuja matriz teórica não é garantista, embora suas idéias em muitos aspectos sejam compatíveis com paradigmas teóricos garantistas – devido a isso foi presença constante ao longo das páginas anteriores.

²¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 331.

Primeiramente, porque se deve fazer uma conjunção sistemática dos princípios decorrentes dos direitos humanos constitucionalizados com os princípios específicos (temáticos) do direito privado. Aqui se trata de garantir a unidade axiológica e teleológica do sistema jurídico, nos termos antes expostos. Nesse sentido,

“as normas de direito privado não podem contrariar o conteúdo dos direitos fundamentais, impondo-se uma interpretação das normas privadas (infraconstitucionais) conforme os parâmetros axiológicos contidos nas normas de direitos fundamentais, o que habitualmente ocorre quando se trata de aplicar conceitos indeterminados e cláusulas gerais do direito privado.”²¹³.

Por outro lado, até mesmo em respeito aos direitos de igualdade e liberdade, que pressupõem a máxima liberdade possível nas relações entre iguais, a eficácia vinculatória dos direitos humanos em relações privadas entre indivíduos ordinariamente deve vir à tona em condições em que ocorra alguma violação específica de direitos que atente contra o princípio da dignidade da pessoa humana, ou que viole a própria liberdade ou a própria igualdade. Ilustrativa é a posição de Sarlet, para quem, no que respeita ao dimensionamento jurídico dos direitos fundamentais.

²¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 331.

²¹³ Idem, p. 339.

"todos. Estado e particulares, se encontram a estes vinculados por um dever geral de respeito, situação que costuma ser identificada com uma eficácia externa dos direitos fundamentais, na qual os particulares assumem a posição de terceiros relativamente à relação indivíduo-poder, na qual está em jogo determinado direito fundamental. Fora das relações indivíduo-poder, isto é, quando se trata de particulares em condições de relativa igualdade, deverá, em regra, prevalecer o princípio da liberdade, aceitando-se uma eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça ou diante de uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal."²¹⁴

É dentro desse panorama, de vinculações públicas e privadas aos direitos humanos, que parâmetros gerais de garantia funcionam como balizamento de sua proteção e efetivação. Ferrajoli ressalta, nesse sentido, que há princípios garantidores dos diversos direitos, que são instrumentos auxiliares para a defesa ou efetivação dos direitos humanos. Sobressairiam especialmente dois princípios, por terem caráter geral. Primeiramente,

²¹⁴ SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 338.

“o princípio da legalidade: para que as prestações que satisfazem os direitos sociais sejam impostas como obrigações aos poderes públicos e não abandonadas ao arbítrio administrativo, é necessário que as leis prevejam univocamente seus pressupostos vinculantes e identifiquem com clareza seus órgãos e procedimentos.”²¹⁵

O princípio da legalidade está de diversas formas colocado como instrumental importante de garantia dos direitos humanos no Brasil. A começar pela Constituição Federal, em que o inciso II do artigo 5º prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e inciso XXXIX do mesmo artigo o qual prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (este último com disposição do mesmo teor no artigo 1º do Código Penal brasileiro).

O princípio da legalidade estende seus tentáculos por todas as áreas do Direito. Na própria Constituição Federal tem-se o artigo 37, impondo o princípio da legalidade à Administração Pública, ou o inciso I do artigo 150, ao vincular a tributação à legalidade (de igual teor o inciso I do artigo 9º do Código Tributário brasileiro). Ainda se tem diversas disposições, como, por exemplo, a obrigatoriedade dos procedimentos legais tanto na esfera processual civil quanto na esfera processual penal.

²¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 917.

O segundo princípio garantista de caráter geral

“é o de jurisdicionalidade: para que as lesões dos direitos fundamentais, tanto liberais quanto sociais, sejam sancionadas e eliminadas, é necessário que tais direitos sejam todos possíveis de ação judicial, ou seja, acionáveis em juízo frente aos sujeitos responsáveis por sua violação, seja por ação, seja por omissão.”²¹⁶

O princípio da jurisdicionalidade está primariamente previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, ao prever que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Assim também - e em decorrência - tem-se processualmente que a todos é assegurado o direito de petição para assegurar seus direitos, não podendo o Judiciário se furtar de manifestação sobre o mérito de possível violação.

Ressalte-se que tais princípios fariam parte de um instrumental jurídico à disposição de todos aqueles que atuam utilizando o sistema jurídico. O que os diferencia, no entanto, de outros princípios é o fato de que eles especialmente servem como instrumental à disposição da proteção aos direitos essenciais ao ser humano. Configurar-se-iam, portanto, como ferramentas garantidoras de intervenções jurídicas protetivas e efetivadoras dos direitos humanos.

Tais intervenções jurídicas podem se dar em qualquer âmbito de atuação profissional dos operadores do Direito (advocacia, magistratura,

²¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 917.

ministério público, docência etc). Também podem (e devem) permear toda a atuação dos poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário), sobretudo no enfoque garantista de que o Estado contemporâneo, para estar adequado à centralidade do ser humano no mundo, deve se constituir efetivamente como um garantidor da cidadania.

Sobressai nesse quadro o Poder Judiciário, por suas possibilidades de intervenção sobre todos os campos em que se aplica o Direito, podendo funcionar como um 'fiscal' do respeito (proteção e efetivação) aos direitos – Respeito que, em última instância, resguarda a própria idéia de democracia, já que esta há de ser centrada no ser humano. E, neste sentido, ressalta-se a importância do garantismo no perfil e na dinâmica das intervenções jurídicas daqueles que compõem, como 'ponta de lança, Judiciário: os juízes.

5.2 - O GARANTISMO E O PODER JUDICIÁRIO

O contexto de defesa dos direitos humanos implica contemporaneamente *a defesa do sistema democrático de poder*. Isso porque dentre os direitos humanos sobressaem os direitos de igualdade e de liberdade.

A democracia é tida aqui como "um valor universal", nos moldes dos

argumentos expostos por Coutinho²¹⁷. Isso indica que qualquer estrutura estatal de intervenção social deve se ancorar no sistema democrático de gestão do poder. Mais, ainda: sendo a democracia um valor universal, constitui-se como um imperativo para qualquer sistema político-econômico.

Ora, isso não significa vilipendiar a papel de ‘dominação’ exercido pelo Estado. Um Estado democrático de Direito não pode prescindir de um mínimo de impositividade sobre a sociedade como um todo, sob pena de não se possibilitar a efetividade das normas jurídicas, o que fragilizaria as garantias jurídicas da própria democracia. Assim, os ‘Poderes’ institucionais, na perspectiva democrática, devem instrumentalizar a efetivação dos valores que, traduzindo a centralidade do ser humano na sociedade, consagram os conteúdos essenciais da vivência e convivência democrática.

O fato é que o Poder Judiciário é, nesse contexto, um Poder estatal *sui generis*, devido às funções que potencialmente pode exercer frente à população e frente aos outros Poderes estatais. Frente à população estão todas as possibilidades de uma atuação respeitosa e efetivadora dos direitos humanos. Frente aos outros Poderes estatais, salienta-se a potencialidade do Judiciário para atuar como fiscal e censor das atuações institucionais, no sentido de que estas não afrontem os valores superiores do sistema jurídico (especialmente aqueles consagrados constitucionalmente).

²¹⁷ COUTINHO, Carlos Nelson. **A democracia como valor universal**. Rio de Janeiro: Salamandra, 1984.

Tal especificidade gera especialmente duas obrigações para o Judiciário - com a transformação da sociedade em termos da construção e consolidação da cidadania e com o próprio sistema democrático de poder.

Nesse sentido, num plano teleológico os juizes (como 'órgãos' do Poder Judiciário) devem pautar sua conduta em torno da preservação e fortalecimento do sistema democrático de poder. Sua conduta decisional ou administrativa de conflitos precisa estar atenta à igualização *material* do tratamento dado às diferentes pessoas de diferentes camadas sociais que a ele recorrem. Assim não se caracterizando sua conduta decisional, estariam violando as normas constitucionais garantidoras do direito à igualdade²¹⁸.

De outra parte, num plano axiológico, que respeita ao próprio conteúdo de sua conduta jurisdicional, aos magistrados seriam valorativamente imperativas as garantias de cidadania insertas no sistema jurídico. Garantias como, por exemplo, os fundamentos da República Federativa do Brasil, constantes no artigo 1º da Constituição Federal, ou os seus objetivos fundamentais, constantes no seu artigo 3º, ou os direitos individuais do artigo 5º, ou os direitos sociais (e de dignidade) do artigo 6º .

São elementos jurídicos cuja aplicação jurisdicional mais e mais deve ser maximizada (no sentido exposto nos capítulos anteriores), por imposição axiológica ou como censura de conteúdo da aplicação de leis. Isso não importa, porém, submissão do Poder Judiciário à mera legalidade – a relação dos juizes

que compõem o Judiciário e a aplicação das leis deve se dar no plano de vinculação material a elas.

5.2.1 - Os Juizes e a Lei

Perspectivas tradicionais a respeito da atividade julgadora, na linha do pensamento positivista, preconizavam o juiz como a "boca da lei", como um mero aplicador daquilo que estiver positivado. Neste sentido, o juiz se enquadraria quase como uma engrenagem asséptica de um sistema operacional. A função do julgador seria de mera aplicação silogística do estabelecido em lei para os conflitos concretos da sociedade.

Linhas intermediárias do pensamento tradicional preconizavam o juiz como um representante do "espírito da lei", um intérprete do conjunto originário de ideais que as leis apresentam. Aqui, mais do que uma subsunção objetiva, o papel do julgador seria o de operar uma subsunção de sentido, ou seja, identificar o sentido do mandamento legal e condicionar os casos concretos a um tal sentido.

Linhas tradicionais mais fracas dizem o juiz como um identificador do "espírito do legislador", como um intérprete dos motivos originais das normas. O julgador haveria de identificar os motivos e os objetivos que guiaram o legislador na construção normativa.

²¹⁸ Como se viu no quarto capítulo, sem um mínimo de condições de igualdade, o exercício da

Traço comum, porém, entre essas várias faces de pensamento é a vinculatividade à norma legislada (regra). E à norma não simplesmente como uma referência de conteúdo, mas como *um mandamento formal de conteúdo*. A ação decisória judicial viria dependente da norma, viria subsumida apoditicamente à normatividade estrita.

Argumento forte a favor de tais posturas é aquele que as defende como uma garantia cidadã contra o arbítrio. A ascensão do positivismo jurídico veio efetivamente, num sentido histórico, como uma reação ao poder absoluto monárquico, antes imperante. A afirmação da lei como a força máxima veio assim, no século XIX e início do século XX, como uma forma de situar os direitos populacionais num campo para além da discricionariedade governamental. E isto, sem dúvida, representou uma evolução do Direito.

Por outro lado, não se deve esquecer que a 'deusificação' do legal preparava o terreno para a consolidação de um poder de classe novo, que precisava assumir um aparente caráter extra-classe na sociedade. Isto porque enquanto o poder monárquico se fundava em mandamentos divinais e na tradição, o poder burguês fundava-se na reação ao poder monárquico e na democratização geral dos direitos individuais.

Ora, assim sendo, necessitava a burguesia que os direitos dos quais ela se dizia defensora (formal) fossem aparentemente garantidos, sem que isso representasse, no entanto, um comprometimento dos seus interesses de classe.

liberdade fica decisivamente prejudicado. Por conseqüência, desrespeitado, no plano material.

O caráter neutral e o legalismo vieram, portanto, como um isolamento formal do campo jurídico em relação ao poder constituído. Essa exclusão (aparente) da política do universo jurídico possibilitou que a classe burguesa manobrasse num campo de ações políticas onde a manipulação das aparências era mais tranqüila para os seus interesses.

A atuação dos juízes, para que o Direito pudesse satisfazer aos interesses da classe ascendente, precisava se dar nos limites de uma normatividade restrita, legislada. Assim, o Judiciário, como sumo aplicador do Direito, estaria idealisticamente posicionado acima dos conflitos sociais, fora deles, e desconectado de complexidades axiológicas do Direito.

Evidentemente, a história muda, e com ela mudam o jogo de poder e as instituições em que tal jogo se opera. Assim, o teor da vinculatoriedade dos juízes às normas legisladas é questionável. O julgador subsumir-se assepticamente à norma legislada no exercício de sua função jurisdicional é um tipo de postura que gera determinadas dificuldades a ele individualmente como magistrado e como órgão de Poder de um sistema pretensamente democrático. Dificuldades como, por exemplo, o afastamento dos juízes da realidade social sobre a qual atuam; a falta de legitimação do Judiciário como Poder institucional; a mera formalização (e problematização) do acesso à justiça por parte das camadas populares mais pobres.

Alternativamente, propugna-se, especialmente em função da teoria garantista do Direito, a vinculação dos operadores jurídicos em geral às normas estatais num plano material, axiológico e teleológico mais do que de mera subsunção formal. Os juízes, especialmente, exerceriam suas funções vinculados ao conteúdo normativo, sendo limitado seu poder interpretativo e valorativo na atuação decisional pelos valores que as normas trazem, isolada e sistematicamente.

Até porque, como se viu no segundo capítulo, a humanidade encontra-se em uma fase de sua história cuja maior característica pode ser definida como a constante alteridade. As dimensões espacial e temporal estão num estágio de mudanças altamente velozes. Fatores como a comunicação de massa, a informática, a biotecnologia, alteraram completamente os parâmetros de organização, convivência e controle sociais.

Aspectos positivos da realidade se alternam com carências e crises sociais. Avanços cada vez mais sensíveis em termos de conhecimento, tecnologia, modernização, contato entre pessoas, grupos, povos, contrastam com alarmantes níveis de desnutrição e subnutrição, marginalidade social, política e legal.

A lei do Estado não funciona mais como *a lei*. Nas grandes cidades, há parâmetros de vida moldados segundo um paralelismo entre a legalidade estatal e uma legalidade 'marginal'. Matrizes de organização social casuísticas, em função de códigos de convivência culturalmente alternativos aos códigos

dominantes e em função de valores 'marginais' - veja-se a influência do crime organizado - redimensionam o modo de viver.

Isso demonstra um fator com potencial decisivo para o posicionamento da atuação do Judiciário. Isto porque cada juiz, queira admitir ou não, está constantemente posto frente a frente com essas dimensões plurais da realidade social. Seu poder jurisdicional igualmente recai sobre indivíduos que vivem plenamente sob a ordem estatal e indivíduos que vivem parcialmente sob tal ordem estatal.

Duas principais linhas de questões surgem, a partir disso. Primeiramente: *existe possibilidade da legislação acompanhar o ritmo às vezes frenético das mudanças sociais? Pode conseguir a lei regular todo um universo de situações multifacetadas da realidade social? Por outro lado: como pode a magistratura posicionar-se em relação aos casos concretos que lhe são postos sob análise de um modo tal que sua intervenção não se dê distanciada da concretude social? Deve um magistrado ignorar a concretude social em que estão inseridos os indivíduos em conflito judicial?*

Crê-se, no âmbito de tais questões, que o legalismo positivista não permite o adequado acompanhamento do complexo de transformações sociais, até porque é cabível afirmar que a lógica da vida é dinâmica e a lógica da lei é estática. Os juízes somente conseguirão acompanhar o universo social a que sua prestação jurisdicional atinge à medida que seus parâmetros lógico-hermenêuticos não se restrinjam ao formalismo legalista, alçando vôos na direção de uma atuação dialética comprometida com transformações sociais e

intencionada para a resolução das carências sociais (como instrumento de concretização dos vetores axiológicos constitucionais - valores superiores do sistema - que são os direitos humanos). Para que isso, entretanto, não se dê beirando o arbítrio judicial, é necessário que se medeie a relativa liberdade dos julgadores com vínculos normativos. Eis aí, novamente, a importância da idéia de legalidade na ótica garantista.

5.2.2 – Legalismo e Legalidade

Essencial neste ponto que se faça uma distinção fundamental: aquilo que representa o legalismo e aquilo que representa a legalidade. Ferrajoli diferencia a mera legalidade (aqui identificada como legalismo) da estrita legalidade (aqui identificada apenas como legalidade). Para ele,

“o princípio de mera legalidade se limita em realidade a exigir que o exercício de qualquer poder tenha por fonte a lei como condição *formal* de legitimidade; o princípio de estrita legalidade exige, ao contrário, à própria lei que condicione a determinados conteúdos substanciais a legitimidade do exercício de qualquer poder por ela instituído.”²¹⁹

²¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 857.

O legalismo parte da idéia de exclusividade ou absoluta prevalência da lei (numa restrição às possibilidades interpretativas) para fins da atuação dos juristas em geral e especialmente dos juizes. Vilipendia-se a dimensão axiológica de respeito a direitos humanos positivados (o que seria ínsito à democracia) para se privilegiar a restrição dos parâmetros de intervenção dos juizes. O que, dependendo das forças que tiverem hegemonia política - de poder - num país, pode mesmo significar a desintegração de certos níveis de organização e garantia jurídica da democracia.

A idéia de legalidade, por sua vez, nos traz a dimensão concreta de que há necessidade de evitar (tanto quanto possível a uma sociedade multifacetada) a dispersão e corrosão das garantias individuais e sociais positivadas no sistema jurídico. Garantias de cidadania que atingem o plano político, o plano de direitos civis individuais e coletivos e o plano de direitos sociais, e consolidam o perfil de uma sociedade democrática (a democracia possível) para o presente, possibilitando a construção institucional de parâmetros para uma democracia efetiva (a democracia desejável) para o futuro.

Enquanto a idéia de legalismo é totalizante, pois possibilita a maximização acrítica de valores e interesses de poder, a idéia de legalidade é *um componente* de um contexto de intervenção jurídica, o qual - ligado a outros componentes (sistematicidade axiológica e teleológica, validade material, efetividade e eficiência) - possui um caráter garantidor dos direitos humanos. Neste sentido, a legalidade é instrumental democrático que posiciona o jurista em sua atuação, sem, no entanto, atrelá-lo a uma subsunção restritiva asséptica,

funcionando mais como referência decisional ao vincular os operadores (aos juízes em especial) do Direito aos direitos humanos constitucionalizados. Assim o sendo, o juiz, por excelência um operador jurídico, se pretende pensar sua atividade jurisdicional em parâmetros de responsabilidade transformativa para com a sociedade em que vive há de ter em conta a legalidade.

É bem de se perceber que não se faz aqui a apologia do julgamento *contra legem*. Uma decisão vinculada valorativamente aos direitos humanos constitucionalizados estaria adequada sistematicamente aos parâmetros jurídicos legalmente mais importantes do Direito de um país - aqueles que a sua Constituição consagra.

Não obstante se tenha feito nas linhas anteriores a defesa da idéia de legalidade, é essencial que se tenha claro que a legitimidade não se confunde com ela - pois a ela não se restringe. Certamente que em um sistema democrático, idealmente concebido, o jogo institucional de poder é o palco referencial para a conquista dos espaços de legitimação - seja na elaboração das leis, seja na administração pública, seja na atuação judicial.

Há de se ter claro, entretanto, que a sociedade é contraditória por si só, tanto em termos econômicos como em termos políticos: suas dimensões culturais são multifacetadas; o "jogo do poder" se dá sob a forma de uma disputa de interesses ideológicos (e, quando não, sob uma disputa de interesses grupais que, mal ou bem, refletem interesses econômico-sociais conflitantes). Neste quadro, evidentemente que a concretização democrática é falha em relação à sua idealidade. E a concepção das leis traz alguns problemas em

relação às carências do corpo social, por refletir de alguns modos esses conflitos de interesses, traduzindo, no jogo do poder, predominância de determinados interesses sobre outros.

Num tal quadro, os juizes, como operadores jurídicos componentes de um Poder institucional especial (porque age inclusive sobre certas condutas dos outros Poderes), têm tarefas ímpares no contexto de uma sociedade democrática. Uma delas é de primar por uma conduta atenta às carências gerais mais prementes da população em geral, de modo a não desconsiderá-las em suas decisões. Outra é de, sob a perspectiva de reforço constante da democracia (o que deve estar sempre presente para todos aqueles que compõem os Poderes institucionais), reportar-se aos valores superiores do sistema jurídico (como se viu antes, valores normativamente constitucionalizados, consagrando direitos humanos), direcionados a atender as expectativas geradas pelo conjunto de carências sociais. Ainda, devem eles ter claras as disparidades culturais e econômicas de nossa sociedade, de modo que sua postura seja de facilitação do acesso à justiça.

Tal conclusão decorre da própria idéia de democracia, concebida esta numa perspectiva pluralista, garantista e material:

"democracia é um jogo dialético em que todos podem assumir o seu próprio poder e efetivá-lo à medida em que cada um contribua para a realização do autêntico poder dos demais (...). Neste enfoque, deve o julgador assumir sua parcela de poder antes que o arbítrio o faça. Referimo-

nos ao poder de criar. isto é, poder jurisdicional em amplo sentido: poder, em suma, de aproximar, hermeneuticamente, legalidade e legitimidade."²²⁰.

5.3 – INTERPRETAÇÃO E CRIAÇÃO JURÍDICA

O Direito, no quadro geral da democracia, representa um papel especial. Ao consagrar alguns parâmetros formais e materiais para as relações públicas e privadas, consiste num garantidor do jogo democrático. Através de parâmetros jurídicos são pré-estabelecidas regras (comunicacionais) para o funcionamento da democracia e diretrizes axiológicas para a vida em sociedade.

Afinal, as normas jurídicas, os precedentes jurisprudenciais, a doutrina, são formas institucionais de comunicação humana. São formas de emissão de um 'discurso' institucional para a sociedade toda. Um discurso diferenciado, pois indica proposições de dever ser (normas e precedentes) e enunciados interpretativos sobre tais enunciados (teoria jurídica).

Juridicamente, há um constante trabalho interpretativo de compreensão e definição de sentido de tais formas. Busca-se objetivar o sentido das normas no prisma das situações específicas que haverão de ser atingidas pelo conteúdo

²²⁰ FREITAS, Juarez. **A substancial inconstitucionalidade da lei injusta**. Petrópolis: Vozes; Porto Alegre: EDIPUCRS, 1989, p. 73

de tais formas comunicantes. Este processo de definição de sentido logicamente precede e acompanha as decisões dos juízes.

A definição de sentido dos textos jurídicos, mormente os normativos, faz parte de um processo hermenêutico, cujo ápice prático ocorre no julgamento de alguma demanda jurídica. Sua aplicação se dá, por vezes, de modo geral (uma súmula, por exemplo); via de regra, no entanto, tem-se o processo hermenêutico aplicado caso a caso.

É possível identificar três linhas básicas de raciocínio a respeito da atividade dos magistrados no processo hermenêutico. Primeiramente, o juiz seria um aplicador da lei, com a imposição de limites (mais ou menos rígidos) ao próprio significado do que seja o Direito. Agrega-se a isso a idéia do juiz como um intérprete do Direito, tem-se antes de mais nada a idéia de sistema jurídico complexo. A tarefa do juiz seria, então, uma interpretação ampla, que preenchesse os espaços vagos e solucionasse os conflitos contingentes a partir de um conjunto de elementos normativos positivados.

Enfim, agregue-se a idéia do *juiz como um criador de conteúdos específicos*. O juiz assumiria a prevalência dos valores insertos no sistema jurídico, ordinariamente em normas legisladas, mas buscaria também a construção de intervenções jurisdicionais inovadoras, que atendessem especificidades concretas das situações e indivíduos abrangidos por sua prestação jurisdicional.

A interpretação jurídica por si só é especificadora de conteúdos gerais (criadora de conteúdos, nesse sentido). Afinal, o Direito, enquanto previsão de

diretrizes para soluções de situações concretas. é inevitavelmente incompleto, limitado em abrangência e finito temporalmente. Suas incompletudes e limitações precisam ser supridas - e sua finitude temporal superada – caso a caso, para que o Direito cotidianamente tenha eficácia e efetividade.

Os juízes são, nesse contexto, os principais encarregados de tal tarefa, devido ao seu poder decisão na solução de conflitos jurídicos. Para proceder ao suprimento das incompletudes, limitações, finitudes, os magistrados hão de realizar a adequação das previsões abstratas legais às situações concretas do mundo da vida que sejam postas sob sua batuta.

Mesmo assim, tal adequação se mostrará, muitas vezes, deficiente e/ou insuficiente. Assim sendo, o juiz precisa galgar horizontes interpretativos novos²²¹. Há de avançar em relação ao texto legal, num sentido que, por um lado, inove a norma legal abstrata em seu conteúdo (conectando-a com a valoratividade constitucional, com os direitos humanos) e que, por outro lado, supere a moldura legal das normas jurídicas para adequar seu conteúdo às especificidades da realidade social em análise numa contenda judicial.

Certamente, o juiz não precisará recorrer a vastos campos de liberdade interpretativa (já se pode aqui se falar em liberdade criadora) do Direito em

²²¹ Kelsen – normativista – já afirmava que o juiz é por essência um criador de Direito. Segundo ele, "a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito.(...) Mas autêntica, isto é, criadora de Direito, é a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção. A propósito é importante notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, pela interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir

todos os casos que lhe são submetidos. Mas várias são as situações em que sua atuação decisional ou de administração de realidades avança na perspectiva criadora.

Tal atividade criadora, entretanto, não é ilimitada. O juiz está vinculado axiológica e teleologicamente à Constituição. E nesta, como se viu nos capítulos anteriores, está consagrada a supremacia sistemática dos direitos humanos.

Todas essas considerações vêm ao encontro da idéia de que a previsão legal estará latente até que o juiz lhe dê vida e sentido em um caso concreto: e, ao assim proceder, estará ele criando *normas em concreto*. Vê-se, então, que as zonas de separação entre interpretação e criação são, em verdade, bastante nebulosas no Direito. Bem afirma Capelletti que

"com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só à interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana (...). Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu 'texto', ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre - porque não há texto musical ou poético.

nem tampouco legislativo, que não deixe espaços para variações e nuances, para a criatividade interpretativa."²²².

5.4 – JUDICIÁRIO, GARANTISMO E DIREITOS HUMANOS

Descritos os diversos setores de influência sobre a prestação jurisdicional dos magistrados: feitas as devidas distinções entre o significado de elementos como legalismo e legalidade; atenuando as distâncias entre interpretação e criação: pode-se, enfim, ressaltar as tarefas do Judiciário (dos juízes que o compõem) frente às necessidades de cidadania e democracia, destacando-se sua vinculação aos direitos humanos e o papel do garantismo em tal vinculação.

Tendo-se em conta o fato de que vivemos em um país periférico, com problemas crônicos de desenvolvimento e distribuição sociais, por onde devem os juízes começar a pensar seu posicionamento frente ao compromisso com a cidadania (que lhe é imposto pela própria Constituição, em seu artigo 1º)? Crê-se que a realidade sócio-econômica são condições prévias de reflexão. Os níveis de subalimentação, analfabetismo e semi-analfabetismo existentes no Brasil (além da questão da saúde, do desemprego, do subemprego rural etc) são

²²² CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, pp. 21-22.

fatores efetivamente críticos e emperrantes - quando não impeditivos - da efetivação da cidadania.

Como se viu no quarto capítulo, quanto melhores forem as condições de vida da população em geral, quanto melhor for o nível de distribuição dos bens sociais, mais estarão habilitados os habitantes de um país a exercerem sua cidadania. Quanto maior for a habilitação material (objetiva) para a cidadania, mais complexas tornam-se as possibilidades de manipulação política, e maiores são as potencialidades de construção de práticas político-sociais de democracia.

Conseqüentemente, a preocupação primeira de qualquer indivíduo que represente um órgão dos Poderes institucionais - caso dos juízes - há de se dar em torno de como sua atuação pode, eventualmente, interferir no âmbito das carências sociais. O fator básico de referência administrativa e decisional, portanto, deve ser a minimização e até supressão de tais carências.

O caminho percorrido dirige-se, num dinâmico fluxo interpretativo das normas, a uma fundamentação jurídica em função dos elementos normativos constitucionais conducentes à dignidade humana. A dignidade é, por excelência, o princípio jurídico constitucional imperativo para os aqui preconizados fins de uma jurisdição democratizante (conforme já exposto no capítulo quarto). Princípio positivado que eleva as potencialidades da legalidade como um fator positivo do perfil da prestação jurisdicional.

É, ademais, como se explicitou nos capítulos anteriores, base de um direito humano básico: o direito à existência digna. Direito que é composto

dinamicamente pela conjunção de outros direitos (saúde, educação, trabalho etc).

O Judiciário ocupa um espaço ímpar no contexto político e intelectual, e a atividade profissional dos juizes confere-lhe poderes sociais fortes para uma intervenção voltada à proteção e efetivação dos direitos humanos. Cabe que pense fundo suas responsabilidades sociais, comprometendo-se organicamente com o perfil do seu atuar profissional.

Atuação que não é desideologizada - antes pelo contrário. Pode-se conceber que a intervenção do Judiciário na sociedade está predominantemente sujeita a fatores ideológicos. Entretanto, embora as concepções pessoais ideológicas dos juizes interfira direta ou indiretamente no conteúdo de suas decisões, eles compõem uma parte funcional - a principal parte - do sistema jurídico, e estão vinculados aos parâmetros componentes deste. Dentre tais parâmetros destacam-se, pelas razões já exaustivamente expostas, os direitos humanos (especialmente os aqui nomeados direitos humanos básicos), seus princípios correspondentes (princípios da inviolabilidade da liberdade, da igualdade, da inviolabilidade da vida e da dignidade humana) e seus princípios garantidores (destacados os princípios da legalidade e da jurisdicionalidade).

Nesse contexto, o redimensionamento proposto pelo garantismo para as categorias de vigência, validade, eficácia e efetividade, ligando-as umbilicalmente aos direitos humanos - por consagrarem a centralidade do ser humano na organização da humana em sociedade - mostra a sua indispensabilidade como teoria jurídica para o Direito contemporâneo.

5.5 – O GARANTISMO COMO REFERÊNCIA JURÍDICA

Após todo o exposto, vê-se que a teoria jurídica garantista redimensiona categorias de análise que aproveitam uma série de construções teóricas anteriores. A perspectiva é de construção dialética, aproveitando-se as análises de autores não garantistas no que são úteis, mas superando-as naquilo que devem ser superadas.

A legalidade, em termos de efetivação do garantismo, é um princípio mestre - condiciona todos os demais princípios, à medida que condiciona a funcionalidade de todo o sistema jurídico ao respeito à Constituição. Sendo a Constituição a 'lei máxima' do sistema jurídico, o conjunto de normas formalmente mais importante, ao qual todas as demais normas estão vinculadas, a funcionalidade do Direito está ligada ao próprio princípio da legalidade.

Por decorrência, o controle de validade normativa - tanto no aspecto formal quanto no aspecto material já estudados - passa sempre pelo controle de constitucionalidade das normas. O controle de constitucionalidade, aliás, é por excelência um controle de validade, mas, ao sê-lo, trata-se de controle de legalidade. Assim, ao se falar em controle de validade das normas, isto engloba decisivamente o controle de legalidade. Por outras palavras, o controle de legalidade compõe, de maneira essencial, o controle de validade normativa.

Importa perceber que o controle da validade das normas (em especial, pelo que já se demonstrou aqui, *controle constitucional* de validade das

normas) baseia-se num pressuposto de que as normas vigentes 'a priori' serão válidas. Verifica-se facilmente isso no sistema jurídico brasileiro.

O controle de constitucionalidade pode se dar pela via incidente ou pela via concentrada. Pela via incidente, pode-se até fazer um juízo circunstancial de invalidade de uma norma e afastá-la de um caso concreto. Mas, enquanto não houver a análise e juízo de um órgão específico (o Supremo Tribunal Federal - STF), num procedimento específico para tanto, indicando tal invalidade e a conseqüente necessidade de retirada da norma do sistema jurídico, a norma considerada inválida incidentemente continuará, genericamente, sendo vigente e, pressupostamente, válida em tese.

Ou seja, o juízo final de invalidade constitucional de uma norma vigente (ao menos de uma norma legislada) incumbe ao STF, e disso depende que uma norma vigente perca sua pressuposição de validade. Ou seja, há uma presunção de validade a favor da lei vigente. Esta presunção permite a aplicação normal da lei por razões óbvias de segurança jurídica, certeza e funcionalidade. Porém, ainda assim a presunção somente pode ser relativa, e basta para demoli-la a valoração crítica de cada juiz (ou, em termos finais, do STF), que em vez de aplicá-la objete sua invalidade.

O controle de constitucionalidade funciona como possível mecanismo de controle da validade normativa. Se a vigência da norma faz pressupor sua validade até que - e se - ela seja afastada do sistema, o controle de constitucionalidade (incidente ou concentrado) potencializa a análise

'conteudística' de validade, sobretudo potencializando o controle de validade das normas frente aos direitos humanos.

Novamente sobressai a distinção entre vigência e validade, construída e firmada pelo pensamento garantista. A partir dela se possibilita a reconstrução dos paradigmas de validade, e de um modo tal que se priorizem (ou ao menos possibilitem a priorização) o condicionamento da validade normativa à compatibilidade das normas em análise com os direitos humanos, em especial no que respeita aos direitos humanos básicos.

Insiste-se de que o Direito não tem como solucionar os problemas econômicos, políticos e sociais. Porém, no contexto de inevitáveis conflitos de interesses que a convivência social traz, ele pode instrumentalizar a diminuição dos conflitos e fomentar a construção de paradigmas de convivência social baseados nos direitos humanos. Como afirma Ferrajoli,

"o direito, em seu paradigma garantista e constitucional, é somente um modelo normativo - um dever ser a respeito do que de fato ocorre - inapto para eliminar, mas apto para diminuir, os poderes selvagens"²²³.

Assim, entende-se que o pensamento garantista é potencialmente a teorização jurídica mais adequada para que os operadores do Direito, em suas diversas instâncias de trabalho, possam ter uma atuação voltada para a garantia

²²³ FERAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*, p. 126.

dos direitos humanos frente aos processos econômicos, políticos e sociais da globalização de mercados.

CONCLUSÃO

1. Ao longo das páginas anteriores procedeu-se a análises de diversas questões cuja relevância na atualidade é óbvia: a globalização de mercados e o papel do Estado e do Direito; a importância dos direitos humanos na atualidade; os direitos humanos e as condições mínimas de cidadania; o garantismo como instrumental teórico-jurídico para a proteção dos direitos humanos no plano jurídico.

De tais análises emergiram diversas conclusões, com as quais se tornou possível formular algumas propostas teóricas.

2. Inicialmente, observou-se que todo o processo econômico globalizante por que passa o mundo desde as últimas décadas do século XX não é um fenômeno que possa ser dissociado de seus antecedentes histórico-econômicos. Ao contrário: os fenômenos contemporâneos estão dentro de uma lógica histórica claramente identificável: a lógica econômica do capitalismo.

Partindo da lógica de desenvolvimento de atividades econômico-produtivas voltadas para o máximo em produtividade, o mínimo em custos e a

maior facilidade possível para os processos de comercialização, o desenvolvimento do sistema econômico capitalista foi o motor de um conjunto de mudanças sociais que impulsionaram o surgimento de mercados internacionalizados.

3. No contexto da globalização de mercados, pode-se verificar é uma mudança do perfil de atuação do Estado frente à sociedade. De um Estado historicamente instrumental para a dominação de força de uma classe sobre as outras, passa-se gradativamente (fenômeno observável sobretudo no século XX, em especial na sua segunda metade) para um Estado híbrido nas relações de poder que o compõem. Explique-se: o Estado contemporâneo não funciona como mero instrumento de dominação, mas também se caracteriza como instrumento de defesa e fomento da cidadania.

4. Além disso, é inegável que a globalização atinge profundamente a vida cotidiana. Tal se dá desde os hábitos domésticos de cada um dos 'incluídos' e dos 'excluídos' na sociedade de consumo, passa pelos modos de convivência de cada um com o mundo ao seu redor e atinge decisivamente a vida laboral. Atinge, assim, os valores domésticos familiares, os hábitos e objetivos de consumo, o modo de vestir e falar, as crenças políticas e religiosas, o modo de ver o mundo (a 'visão' de certo e errado, bom e mau), as condições

de trabalho, o nível médio dos salários e ganhos econômicos, parâmetros de distribuição de renda, entre outros aspectos.

5. Diante de uma realidade econômica formada em redes, com uma profunda alteração do *'modus vivendi'*, com mutações no papel do Direito e do Estado, impõe-se questionar o que pode legitimar a vida humana em sociedade. No contexto da evolução histórica da humanidade, buscando-se uma organização racional da vida em sociedade, entende-se que se impõe a centralidade da condição humana de existência como fundamento racional possível da organização das relações sociais e políticas, devendo funcionar como condicionante das relações econômicas. Ou seja, em vez de o homem servir à estrutura econômica, esta é que deveria servir ao homem, até mesmo porque a estrutura econômica é, por lógica, fruto cultural e social das necessidades humanas de sobrevivência

6. Se a centralidade da condição humana de existência é a principal matriz em torno da qual deve ser estruturada e projetada a vida social, no plano do Direito há de se consagrar a idéia de que todos os conteúdos jurídicos que protejam e possibilitem o incremento das possibilidades materiais de uma digna vida humana são conteúdos privilegiados (ou que ao menos o deveriam ser). Assim, sobressaem as normas - legisladas ou não - protetivas dos direitos como normas com um caráter especial no sistema jurídico. Afinal, se a centralidade da

condição humana é uma matriz privilegiada para a vida humana em sociedade e se o Direito representa um instrumental para o funcionamento e estabilidade da vida social. as normas jurídicas que representam a referida centralidade são pontos referenciais para todo o Direito.

7. As normas protetivas dos direitos humanos consistem, portanto, em normas tradutoras, para o Direito, da centralidade da condição humana de existência na vida social. Através de um conjunto de normas garantidoras de direitos, cria-se um 'escudo' jurídico-normativo em torno de aspectos qualificadores da existência humana - direcionados no sentido de que quanto mais os direitos humanos estiverem garantidos (protegidos contra violações e com sua concretização estimulada juridicamente) mais se estará possibilitando a qualificação (no sentido de qualidade) da existência humana no mundo.

8. É bem de se alertar que não há como se fixar um catálogo exaustivo e definitivo dos direitos humanos. Por um lado, não se tem como especificar quais são todas as normas categorizáveis como normas de direitos humanos - várias normas são, de modo evidente, normas consagradoras da garantia de tais direitos; há, no entanto, normas que não têm, por si só, tal característica, mas que, numa ponderação circunstancial, podem exercer exatamente esse papel. Por outro lado, mesmo que fosse possível um rol exaustivo dos direitos humanos, tal rol seria historicamente circunstancial, pois há sempre a

possibilidade de surgirem novas questões e problemas no âmbito da convivência humana em sociedade, gerando novas demandas jurídico-políticas e gerando novos âmbitos de proteção aos ser humano, com o que surgem novas normas garantidoras dos direitos humanos (hodiernamente, veja-se o caso das questões bioéticas).

9. Não sendo viável um catálogo exaustivo e definitivo dos direitos humanos, o que se impõe, na perspectiva de uma interpretação sistemática do Direito, é que identifique o que pode existir como extrato jurídico mínimo e estável referencial desta busca de garantir qualificadamente a condição humana de existência no mundo. Um extrato que especifique uma 'espinha dorsal' dentre os direitos humanos, e que indique aspectos que, independente de variações históricas, devem ser preservados ou estimulados juridicamente nessa direção.

Neste sentido, emergem os direitos à liberdade, a igualdade, à vida e o 'supradireito' à existência digna no mundo (composto pelos diversos direitos sociais). Eles comporiam tal extrato mínimo e estável, pois, independente de variações históricas, a garantia da liberdade, da igualdade, da vida e de uma existência digna no mundo significaria a garantia de uma qualificada condição human de existência no mundo.

Tais direitos humanos, embora não possuam prevalência hierárquica em relação a outros direitos humanos (assim como as normas constitucionais brasileiras que os prevêm não possuem prevalência hierárquica sobre outras

normas constitucionais), possuiriam prevalência condicionada sobre eles. Isso significa que a priori, em situação de colisão normativa, eles prevaleceriam sobre outros direitos. Isso, porém, poderia ser afastado em situações específicas, a partir de eventuais aspectos da situação concreta a ser analisada e decidida.

10. A partir de tais considerações, ao se analisar as categorias jurídicas tradicionais e seus pressupostos teóricos verifica-se que elas não atendem, de maneira satisfatória, a necessidade de se instrumentalizar a garantia dos direitos humanos - especialmente aqueles que representam o referido extrato mínimo e estável. Primeiramente, sobressai que a teoria jurídica, de modo geral, não se constrói em torno da centralidade do ser humano na vida social, não se pré-condicionando pelos direitos humanos. Tal resulta que o Direito seria concebido para funcionar como mero instrumental técnico, asséptico, 'desideologizado', o que na realidade não se dá, já que o Direito, como subsistema social, está inserido no contexto econômico, político e social em que atua, e seu conteúdo está de diversas formas relacionado a esse contexto. Com isso, o não pré-condicionamento teórico-jurídico aos direitos humanos representaria colocar o Direito à mercê de diversas possibilidades de utilização das categorias jurídicas de forma desviante em relação à garantia de uma qualificada condição humana de existência no mundo.

Com isso, as categorias jurídicas de vigência e validade normativas, conforme definidas em concepções de uma linha aqui denominada tradicional (frente ao garantismo), mostram-se inadequadas e insuficientes para instrumentalizar atuações jurídicas garantidoras dos direitos humanos.

11. Já o garantismo tem como pressuposto teórico exatamente a idéia de que *o Direito, como um todo, deve se constituir como um mecanismo de proteção aos direitos humanos*. Para tanto, aponta um conjunto de críticas às categorias jurídicas tradicionais da teoria do Direito, baseadas na idéia de que o Direito é um objeto insitivamente e inequivocamente axiológico. Além disso, a abordagem do Direito - seja no plano da produção de conhecimento, seja no plano da interpretação e aplicação dos seus diversos conteúdos específicos - é ela mesmo axiológica, por ser fruto de atividade intelectual humana, que sempre traz uma carga valorativa.

12. Partindo disso, indica como 'escudo' garantidor dos direitos humanos consagrados juridicamente o princípio da legalidade. A legalidade realmente traz uma dimensão de segurança, por estabilizar os parâmetros jurídicos para as inter-relações sociais, limitando e delimitando previamente as atuações públicas e privadas no mundo.

O que o garantismo traz de peculiar é a imposição teórica da tese de que a legalidade, devido às relações hierárquicas do sistema jurídico, é específica

legalidade constitucional. Ou seja, a vinculação das pessoas (físicas e jurídicas) dar-se-ia à lei, mas específica e especialmente à 'lei constitucional'.

13. Diante da idéia de que no mundo contemporâneo os estados constitucionais de direito são uma imposição histórica, pode-se afirmar que as Constituições representam efetivamente o mecanismo normativo referencial para todo o Direito e, por decorrência, para toda atuação interpretativa e/ou aplicativa do Direito. Qualquer indivíduo que esteja autorizado à interpretação do Direito - seja tal 'autorização' decorrente da inserção entre seus pares (eles também intérpretes), caso da dogmática jurídica; seja tal autorização decorrente de posições sócio-jurídicas genericamente categorizadas para isso, caso da advocacia, do ministério público; seja tal autorização decorrente de posições sócio-profissionais especialmente categorizadas para isso, caso especial da magistratura - estará vinculado à obrigatoriedade e à impositividade constitucional.

A Constituição não é opcional - ela é obrigatória, pois hierarquicamente superior sob o ponto de vista formal (de cima para baixo) e sob o ponto de vista material (conteúdos valorativos 'superiores'). Com isso, nenhum intérprete do Direito está autorizado a se furtar desua utilização.

Além disso, ela é vinculatória - é impositiva, pois seus conteúdos sobredeterminam os demais conteúdos jurídicos. Nenhuma interpretação

jurídica está autorizada pelo sistema a ignorar os conteúdos jurídicos constitucionais, muito menos a contradizê-los.

14. Conectadamente, o garantismo redimensiona e redefine duas categorias de decisiva importância para a atuação jurídica cotidiana (conseqüentemente, para a atuação jurídica protetiva dos direitos humanos): vigência e validade.

O âmbito de vigência, no pensamento garantista, define-se como âmbito de 'validade' formal da norma. Ou seja, nele verifica-se se a norma foi produzida seguindo a forma prevista em lei, segundo os procedimentos constitucionais-legais previamente estabelecidos e se ela é, em seqüência, aplicável em termos espaço-temporais. Uma norma existe juridicamente e está vigente se foi criada como deveria ser criada, por quem deveria criá-la e se pode ser aplicada. Com a vigência indica-se que a norma, sob o ponto de vista formal, é aplicável.

O âmbito de validade, por sua vez, define-se como validade material da norma. Diz respeito a estar a norma em relação de coerência e compatibilidade com o conteúdo das normas que lhe são superiores - especialmente, por óbvio, com as normas constitucionais. O juízo sobre a validade da norma é um juízo sobre sua coerência axiológica e compatibilidade teleológica com as demais normas do sistema jurídico - sendo este centrado na Constituição, sobretudo com as normas constitucionais.

15. Para se chegar a emitir um juízo de validade de uma determinada norma - que para isso se pressupõe vigente - deve-se proceder, então, a uma interpretação sistemática axio-teleológica da Constituição, identificando os valores superiores dentro do sistema jurídico, normatizados e com caráter principiológico.

Sobressaem novamente os direitos humanos elencados como extrato mínimo e estável para a qualificação das condições de existência humana no mundo: direito à liberdade, direito à igualdade, direito à vida e direito à existência digna no mundo. Funcionam eles como condicionamento operacional valorativo, explícito ou implícito, de toda interpretação e aplicação normativas. Por consequência, a análise da validade normativa fica vinculada à coerência e compatibilidade das normas aos direitos humanos em geral, e em especial a este referido extrato mínimo e estável.

16. É nesse contexto da impositividade constitucional que o garantismo jurídico mostra-se necessário para a proteção e efetivação jurídicas dos direitos humanos diante da globalização de mercados. Para a proteção no sentido de que os operadores do Direito teriam através das categorias garantistas mecanismos interpretativos 'defensivos' dos valores superiores do sistema jurídico (valores jusfundamentais). Para a efetivação no sentido de que propugna a máxima vinculação do sistema jurídico (incluindo-se as relações jurídicas privadas) e do Estado como um todo - nas diversas relações jurídicas, econômicas, políticas e

sócio-culturais – aos direitos humanos – eixo jurídico valorativo-operacional para o garantismo. Isto porque ele indica como fundamento último do estado constitucional de direito os direitos humanos. Estes, por traduzirem a centralidade do ser humano para a vida social, são considerados como referência valorativa superior dentro do sistema jurídico constitucionalizado.

17. Por decorrência, baseado na referida centralidade da condição humana de existência no mundo, *o garantismo apresenta-se como referência jurídica adequada e necessária para o condicionamento da produção do conhecimento jurídico e para a interpretação e aplicação dos conteúdos jurídicos*, especialmente por apresentar os mecanismos interpretativos adequados à efetivação – ao menos no plano jurídico – dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALVES, José Augusto Lindgren. **A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: FTD, 1997.
- ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ARRUDA JR., Edmundo Lima de; RAMOS, Alexandre (org.). **Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho**. Curitiba: EDIBEJ, 1998.
- AZEVEDO, Plauto Faraco. **Direito, Justiça Social e Neoliberalismo**. São Paulo: RT, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BAUMANN, Renato (org.). **O Brasil e a Economia Global**. Rio de Janeiro: Campus, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 1991.
- CAPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- COPETTI, André. **Direito Penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria de Advogado, 2000.
- CHOSSUDOVSKY, Michel. **A Globalização da Pobreza**. São Paulo: Moderna, 1999.
- COELHO, Edihermes Marques. **Democracia, cidadania e globalização**. In: Revista Jurídica Unijus, nº II. Uberaba: Uniube/Cone Sul, 1999.
- _____. **Introdução ao Direito Penal contemporâneo**. Uberlândia: IJCon, 2002.
- _____. **Judiciário e democracia**. In: Revista Jurídica Unijus, v. 03. Uberaba: Uniube/Cone Sul, 1999.

- _____. **Justiça (a racionalidade social e o Direito)**. In: *Alter Ágora* nº 2 - Revista do Curso de Direito da UFSC. Florianópolis. 1994.
- _____. **O conceito de crime e a aplicação do princípio da insignificância**. In: *Cadernos de Estudos Jurídicos Contemporâneos*. nº 01. Uberlândia: IJCon. agosto de 2001.
- COELHO, Edihermes Marques; BORGES, Alexandre Walmott. **Ensaio sobre sistema jurídico**. Uberlândia: IJCon. 2001.
- Comissão sobre Governança Global. **Nossa comunidade global**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1996.
- COUTINHO, Carlos Nelson. **A Democracia como Valor Universal**. Rio de Janeiro: Salamandra. 1984.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.
- DOWBAR, Ladislau; IANNI, Octávio; RESENDE, Paulo Edgar. **Desafios da globalização**. Petrópolis: Vozes. 1997.
- DUPAS, Gilberto. **Economia global e exclusão social**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2.000.
- ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 14. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.
- FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e globalização econômica**. São Paulo: Malheiros, 1996.

- _____. **Direito e Justiça - a função social do judiciário.** São Paulo: Ática, 1989.
- FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón.** Madrid: Trota, 1995.
- _____. **El garantismo y la filosofía del derecho.** Bogotá (Colômbia): Universidad Externado de Colombia, 2001.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito - técnica, decisão, dominação.** São Paulo: Atlas, 1988.
- FIGUEIREDO, Vilma. **Autoritarismo e eros.** São Paulo: Perspectiva, 1992.
- FREIRE, Antonio Manuel Peña. **La garantía en el estado constitucional de derecho.** Madrid: Trota, 1997.
- FREITAS, Juarez. **A substancial inconstitucionalidade da Lei Injusta.** Petrópolis: Vozes; Porto Alegre: EDIPUCRS, 1989.
- _____. **Interpretação sistemática do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização.** Rio de Janeiro: Imago, 1997.
- GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade.** São Paulo: UNESP, 1991.
- GONÇALVES, Reinaldo. **Globalização e desnacionalização.** São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- GRAY, John. **Falso amanhecer - os equívocos do capitalismo global.** Rio de Janeiro: Record, 1999.

- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- GUATTARI, Félix. **Caosmose - um novo paradigma estético**. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.
- _____. **O inconsciente maquínico - ensaios de esquizo-análise**. Campinas: Papirus, 1988.
- _____. **Revolução molecular: pulsações políticas do desejo**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Repensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002
- HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.
- HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- HELLER, Agnes et alli. **A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.
- HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Monografia no curso de Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HÖFFE, Otfried. **Justiça política - fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado**. Trad. Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.

- KANT, Emmanuel. **Crítica da razão prática**. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1992.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.
- MAIA, Alexandre da. **Ontologia jurídica – o problema de sua fixação teórica (com relação ao garantismo jurídico)**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. 6. ed. São Paulo, Hucitec, 1987.
- MASI, Domenico de. **Desenvolvimento sem trabalho**. 4. ed. São Paulo: Esfera, 1999.
- MATTELART, Armand. **A globalização da comunicação**. Bauru: EDUSC, 2000.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico (plano da existência)**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1989.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

- MICHAELIS: **minidicionário escolar da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2000.
- PINSKY, Jaime. **As primeiras civilizações**. 19. ed. São Paulo: Atual, 1994
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. L. Cabral de Monacada. Coimbra (Portugal): Arménio Amado Editor, 1979.
- RAWLS, John. **Teoria da justiça**. Brasília: UnB, 1981.
- ROCHA, Leonel Severo (org.). **Teoria do direito e do estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.
- ROTHENBURG, Claudius Walter. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- SADER, Emir. **Século XX: uma biografia não-autorizada - o século do imperialismo**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **O discurso e o poder - ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988
- _____. **Pela mão de Alice**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SERRANO, José Luis. **Validez y vigencia – la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica**. Madrid: Trotta, 1999.

- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SINGER, Paul. **Economia política da urbanização**. 14. ed. São Paulo: Contexto, 1998.
- _____. **Globalização e desemprego**. São Paulo: Contexto, 1998.
- _____. **O Brasil na crise - perigos e oportunidades**. São Paulo: Contexto, 1999.
- SIZE, Pierre. **Dicionário da globalização**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.
- TASSARA, Andres Ollero. **Derechos humanos y metodología jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- TELLES JUNIOR, Alcides. **Discurso, linguagem e justiça**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986.
- TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- VÁSQUEZ, Adolfo Sánches. **Ética**. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.
- VIEIRA, Lizst. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 1998.
- ZAFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário – crises, acertos e desacertos**. São Paulo: RT, 1995.
- WILNER, Adriana. **Ricos e pobres nos EUA**. Carta Capital. São Paulo: Confiança, 07 de junho de 2000, pp. 54-56.