

CONSTITUIÇÃO E GLOBALIZAÇÃO:  
A CRISE DOS PARADIGMAS DO DIREITO CONSTITUCIONAL

DANIEL SARMENTO

*I. Introdução. II. A Trajetória do Constitucionalismo: das Luzes aos nossos dias. III. A Desnacionalização do Direito. IV. Paradoxos de uma Era da Transição. V. A Falácia do Constitucionalismo Moderno. VI. Conclusão.*

*I. Introdução*

*“A descoberta de que a terra se tornou o mundo, de que o globo não é mais apenas uma figura astronômica, e sim o território no qual todos encontram-se relacionados e atrelados, diferenciados e antagônicos — essa descoberta surpreende, encanta e temoriza.” (Octavio Ianni<sup>1</sup>)*

Embalada pelo progresso tecnológico, a globalização econômica se acelera, tornando-se uma força irresistível. O vertiginoso desenvolvimento no campo da informática e das telecomunicações verificado neste final de século encurtou drasticamente as distâncias e ampliou os mercados, aproximando da realidade a metáfora da “aldeia global”. No mundo de hoje, um evento ocorrido em outro continente, a milhares de quilômetros, pode influenciar as nossas vidas quase que instantaneamente. Oscilações na Bolsa de Tokio repercutem, às vezes no mesmo dia, sobre a taxa de juros que o cidadão brasileiro de classe média paga em seu cheque especial. Neste cenário, constatamos, entre perplexos e assombrados, que idéias e conceitos profundamente enraizados em nosso imaginário se esclerosaram, tornando-se imprestáveis para explicar a realidade cada vez mais complexa que nos cerca.

O Direito, como não poderia deixar de ser, não assiste impávido a estas transformações. A globalização aprofunda a crise dos paradigmas<sup>2</sup> do Direito Moderno.

1 *Teorias da Globalização*. 2ª ed., Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1995, p. 13.

\* Procurador da República.

2 Sobre o papel dos paradigmas e das suas alterações no desenvolvimento científico, veja-se a clássica obra de Thomas Kuhn. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago. University of Chicago Press. 1962.

construídos ao longo de séculos de história e tradição. As novas variáveis econômicas, políticas e sociais emergentes do processo de globalização implodem os pilares fundamentais sobre os quais se alicerçou o pensamento jurídico ocidental, desafiando o jurista a reexaminar os institutos e conceitos que formam o seu instrumental técnico sob novas perspectivas, despidendo-se de preconceitos e dogmas.

No Direito Constitucional, este quadro ganha contornos ainda mais dramáticos, já que os conceitos-chave que formam o arcabouço teórico da disciplina, como os de Estado e de soberania, passam a ser questionados e relativizados, levados pelo "arrastão" da globalização. Instaura-se, com isso, um verdadeiro "mal-estar no constitucionalismo,"<sup>3</sup> na medida em que os seus fundamentos basilares vão se revelando anacrônicos, e não surgem novos modelos teóricos suficientes para enquadrar, sob o ângulo jurídico, a realidade contemporânea das nossas comunidades políticas.

Nesse contexto, duas atitudes tornam-se comuns entre os juristas. Há os que, talvez por medo do desconhecido, negam as transformações, pugnando pela conservação dos institutos jurídicos tradicionais, congelados no tempo, como se eles vigerassem em um mundo etéreo e pudessem resistir olímpicamente às mutações que sacodem a sociedades. Mas há também os que incorrem no vício oposto, pretendendo, arrogantemente, erigir novas categorias conceituais do nada, desconstruindo todo o saber jurídico tradicional sedimentado ao longo do século, como se ele fosse de nenhuma valia. Porém, entre estes extremos é possível buscar um ponto de equilíbrio, no qual, por um lado, se reconheça a necessidade da reformulação de idéias e conceitos da ortodoxia constitucional, para torná-los mais compatíveis com a realidade contemporânea, mas, por outro, não se abandone, em nome de modismos estéreis e fúteis, os valores humanitários que inspiraram o advento e a evolução do constitucionalismo.

A idéia deste estudo é a de analisar, em linhas esquemáticas, o impacto do processo de globalização sobre a teoria constitucional, flagrando as tensões que se delineiam entre as lógicas antagônicas que presidem estas duas searas. Não desconhece o autor destas linhas que a relevância e a complexidade da questão proposta mereceriam uma abordagem muito mais aprofundada, incompatível com os modestos limites deste trabalho e do seu expositor. Também não se pretende, nesta sede, apresentar respostas prontas para todas as intrincadas questões jurídicas, políticas e filosóficas que a problemática tratada enseja. Nosso propósito não é o de expor certezas, mas o de semear dúvidas. Afinal, como dizia um famoso filósofo, "a dúvida é o preço da pureza".

## *II. A Trajetória do Constitucionalismo: das Luzes aos nossos dias*

O constitucionalismo surge no século XVIII<sup>4</sup>, na esteira do Iluminismo e do Racionalismo, consagrando a idéia de limitação dos poderes do Estado com vistas

3 A expressão é de J.J. Gomes Canotilho em artigo intitulado *Mal-Estar da Constituição e Pessimismo Pós-Moderno*, in Lusfada. Série de Direito, 1991, p. 57/65, e contém uma paródia à clássica obra de Sigmund Freud, "Mal-Estar na Civilização".

4 Com esta afirmação, não se pretende negar a existência de conceitos embrionários de constituição.

à proteção dos direitos individuais do cidadão. Durante a ilustração, foram edificados os pilares do jusnaturalismo racionalista, que centrava as suas preocupações no ser humano, considerando-o como ente dotado de direitos que precediam ao Estado, e que deveriam ser assegurados pela ordem jurídica.

Desde o Renascimento, o conceito de soberania já havia se sedimentado, marcando a superação de feudalismo e o advento do Estado-Nação<sup>5</sup>. Contudo, com o constitucionalismo, a fonte do poder soberano desloca-se da pessoa do monarca para a Nação, à qual se atribui a titularidade do Poder Constituinte. De fato, a fórmula utilizada para a racionalização do poder pelo iluminismo era a Constituição, lei escrita e superior às demais normas, que deveria estabelecer a separação dos poderes do Estado com o objetivo de controlá-los — *le pouvoir arrête le pouvoir*, como afirmou Montesquieu — e garantir os direitos individuais do cidadão. Nesta linha, proclama a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que o Estado que não prevê a separação de poderes nem garante os direitos individuais, não possui de fato uma Constituição.

O constitucionalismo, em sua fase inicial, consagra no plano jurídico o ideário da burguesia, ao abolir os direitos testamentais do clero e da nobreza, garantindo a igualdade formal perante a lei, a liberdade e a propriedade privada, e criando, com isso, o arcabouço institucional necessário para o florescimento do capitalismo. A cosmovisão subjacente a esta etapa de desenvolvimento do Direito Constitucional era o liberalismo político e econômico. O papel do Estado cifrava-se à garantia da justiça e da segurança interna e externa, deixando para a “mão invisível do mercado” o equacionamento de todas as questões surgidas no plano social e econômico.

A tradução normativa desta filosofia política é representada pela Constituição garantia, que se limita a estruturar o Estado e a proclamar certos direitos dos cidadãos, com o fito de protegê-los do próprio Estado. O constitucionalismo cuida então de reconhecer e garantir os chamados direitos de 1ª geração, que representam, basicamente, trincheiras contra a intervenção arbitrária do Estado no domínio individual (liberdade de expressão, liberdade de associação, direito de ir e vir etc.). Tais direitos são assegurados pelo Poder Público, sobretudo através de uma abstenção, razão pela qual o Estado que os tutela pode ser mínimo.

Também por influência do iluminismo, ressurgiu nesta fase o ideal da democracia, que, presente na *polis* grega, permanecera obscurecido por muitos séculos. Porém, em razão da inviabilidade prática da democracia direta no mundo moderno, a democracia é posta em prática pelo Estado Liberal não nos mesmos moldes em que fora concebida na Grécia antiga, mas através da representação política: os cidadãos não exercem diretamente o poder, mas elegem representantes para exercê-lo em seu nome. Nasce, daí, os direitos políticos, que visam possibilitar a participação dos membros de uma comunidade no poder que rege.

na Antiguidade e na Idade Média, mas sim ressaltar que o Iluminismo implicou em uma verdadeira ruptura com os padrões jurídicos anteriores, inaugurando um novo conceito de relação entre o poder político e os que a ele se sujeitam, que marca o advento do constitucionalismo.

<sup>5</sup> Sobre as raízes históricas e filosóficas do conceito de soberania, veja-se a análise profunda levada a cabo por Simone Goyard-Fabre em *Les Principes Philosophiques du Droit Politique Moderne*. PUF, Paris, 1997, p. 46/164.

Contudo, com o passar do tempo, a realidade tornara patente que as conquistas do constitucionalismo liberal não bastavam para assegurar a dignidade do homem. A industrialização, realizada sob o signo do *laissez-faire, laissez-passer*, criara um quadro dramático de miséria humana, gerada pela exploração ilimitada da mão-de-obra pelo capital. Neste cenário cinzento, surgem, dos mais variados flancos, contestações às liberdades burguesas, consagradas pelas Revoluções do século XVIII. Sob perspectivas diferentes, o marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da Igreja Católica questionavam o capitalismo selvagem, criado e nutrido sob a sombra do constitucionalismo liberal.

Porém, a extensão do direito de sufrágio a parcelas cada vez mais amplas da população permitira que as demandas por mudanças do *status quo* também viessem à tona no universo jurídico, através da edição de normas consagradoras de novos direitos<sup>6</sup>. Surgiam assim os direitos sociais, que exigiam uma atuação positiva do Estado no sentido de garantir condições mínimas de vida para a população (direito de saúde, à educação, ao trabalho etc.). Tais direitos não visavam proteger o homem do Estado, mas da sua exploração pelo próprio homem, pressupondo uma presença mais marcante do Poder Público no cenário econômico, com o objetivo de reduzir as desigualdades sociais. Estes novos direitos penetram no Direito Constitucional a partir da Constituição mexicana de 1917, e da Constituição de Weimar de 1919, irradiando-se destas para praticamente todas as cartas constitucionais promulgadas a partir da década de 30.

Ocorre que a promoção dos direitos sociais exigia do Estado a formulação e implementação de políticas públicas. O Estado, com isso, afastava-se da sua posição anterior, marcada pelo absenteísmo, e assumia o papel de principal protagonista na arena econômica e social. O Estado Liberal transformava-se no Estado Social<sup>7</sup>, preocupando-se agora não apenas com a liberdade, mas também com o bem-estar dos seus cidadãos.

Estas alterações do perfil do Estado evidentemente se refletem sobre o constitucionalismo. As constituições, que antes apenas cuidavam do fenômeno estatal, tornam-se mais ambiciosas, passando a ocupar-se dos mais diversos assuntos, traçando metas e programas de ação a serem desenvolvidos pelas forças políticas. No afã de conformar a realidade social, as novas constituições passam a valer-se com frequência de normas de índole programática, voltadas para a alteração do *status quo*. A constituição dirigente<sup>8</sup> substitui a constituição garantia.

6 É verdade que talvez estes direitos não tivessem se consolidados se não fosse a Revolução bolchevique na Rússia. O medo de uma revolução semelhante nos países de capitalismo mais desenvolvido certamente contribuiu para que a burguesia aceitasse com menos resistência a instituição de certos direitos sociais. Dava-se o dedo para não perder a mão.

7 Veja-se, sobre o assunto, Paulo Bonavides. *Do Estado Social ao Estado Liberal*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996.

8 O conceito de constituição dirigente foi desenvolvido com maestria na obra do Prof. José Joaquim Gomes Canotilho. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas*, reimp., Coimbra Ed., 1994. Tal obra teve enorme influência no pensamento jurídico brasileiro, tendo penetrado de modo profundo nas linhas gerais da Constituição de 1988.

No quarto final do século XX, as Constituições começam a se ocupar de uma nova tipologia de direitos, de natureza transindividual, relacionados à qualidade de vida do cidadão. Tais direitos não possuem titular certo, mas pertencem a uma série indeterminada de sujeitos, caracterizando-se pela indivisibilidade do seu objeto. Entre tais direitos de 3ª geração, avultam, pela importância, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à preservação de valores culturais e espirituais, tais como os relacionados à proteção do patrimônio cultural e artístico.

Sem embargo, a partir das duas crises do petróleo na década de 70, instaura-se uma crise no *Welfare State*, que põe em cheque a lógica do dirigismo estatal. O Estado, que havia se expandido de modo desordenado, tornando-se obeso e burocrático, tinha dificuldades em assegurar, no mundo dos fatos, as promessas generosas contidas em sua Constituição. A explosão de demandas reprimidas tornara extremamente difícil a obtenção dos recursos financeiros necessários ao seu atendimento. Por outro lado, o envelhecimento populacional gerava uma perigosa crise no financiamento da saúde e da previdência social — pilares fundamentais sobre os quais se estera o Estado Social.<sup>9</sup>

Neste cenário, o Estado passa a ser freqüentemente associado à ineficiência, à corrupção e ao desperdício. O seu papel de protagonista do processo econômico submete-se a intenso questionamento, imperando o ceticismo em relação ao seu potencial como ferramenta de transformação social. Sob tal perspectiva, torna-se hegemônico o discurso da privatização e da desregulamentação, encampado por inúmeros países, sob a batuta de órgãos internacionais como o FMI e o Banco Mundial.

Sem embargo, é interessante observar que o Brasil chega a esta fase sem ter se beneficiado das conquistas do Estado Liberal e do Estado Social. Aliás, a rigor, não é correto falar-se em período liberal do Estado brasileiro, já que nossa economia sempre gravitou em torno de um Estado Cartorial<sup>10</sup>, cujas tetas têm sido a fonte inesgotável de alimento do capitalismo nacional. Da mesma maneira, pode-se afirmar que poucos foram os frutos que o nosso arremedo de Estado Social legou às classes desfavorecidas. Impulsionada por duas ditaduras, a expansão do Estado, com a criação de centenas de empresas estatais, pouco contribuiu para amenizar a miséria e as gritantes desigualdades sociais que têm flagelado o sofrido povo brasileiro.

Nestas últimas duas décadas do século XX, a globalização econômica tem alimentando o processo de esfacelamento do Estado Providência, na medida em que vai corroendo o seu poder de efetivamente subordinar os fatores econômicos e sociais presentes em cada comunidade. Como observou André-Nöel Roth,

*“O desenvolvimento das forças econômicas a um nível planetário diminui o poder de coação dos Estados nacionais sobre estas. A mobilidade acrescida aos meios de produção e às operações financeiras, o acréscimo dos intercâmbios e a internacionalização das firmas impossibilitam a aplicação de políticas do tipo keynesiano em um só país. O Estado está limitado em suas políticas fiscais e*

9 Sobre a crise do Welfare State, consulte-se Anthony Giddens, *Para Além da Esquerda e da Direita*, trad. Álvaro Hattner, São Paulo, Ed. Unesp, 1994, especialmente p. 153/225.

10 Veja-se, a propósito, Raymundo Faoro, *Os Donos do Poder*, 9ª ed. Ed. Globo, 1991.

*intervencionistas (em termos de alcance interno) pelas coações da competência econômica mundial.*"<sup>11</sup>

Assim, variáveis internacionais, em relação às quais o Estado é absolutamente impotente, tornam-se, cada vez mais, condicionantes da vida doméstica das nações. Com isso, a crença de que seria possível, através de uma Constituição dirigente, imprimir os rumos da vida de uma comunidade política, converte-se numa longínqua utopia.

Observa-se, porém, que o caso do Estado-Nação não está sendo acompanhado pelo surgimento de alguma outra instituição que possa legitimamente substituí-lo. E, evidentemente, a crise do Estado contagia a Constituição, que tende a perder a sua centralidade no processo de regulação da vida social. Este quadro se dramatiza na medida em que se constata a inexistência, no arsenal do direito contemporâneo, de outro instrumento que possa desempenhar o papel atribuído pela modernidade à Constituição. Assim, o futuro que se antevê para o constitucionalismo do próximo milênio é, no mínimo, incerto e nebuloso.

### *III. A Desnacionalização do Direito*

A mudança estrutural da ordem internacional é uma das causas mais visíveis do sepultamento definitivo da idéia de que o Estado é o titular do monopólio da produção de normas jurídicas.

Com efeito, enquanto o Estado Nacional perde o viço, tragado pela força incoercível do processo de globalização econômica, se robustecem as instâncias supranacionais de poder. Sob este ângulo, opera-se uma mudança qualitativa do Direito Internacional que, paulatinamente, deixa de preocupar-se apenas com as relações mantidas por Estados, passando a converter-se em fonte de direitos subjetivos para os indivíduos. Antes caracterizado por seu débil poder coercitivo (*soft law*), o Direito Internacional vai adquirindo novos mecanismos de atuação, com a criação de cortes internacionais, cujas decisões vão, com o passar dos tempos, tornando-se obrigatórias e vinculantes no âmbito dos ordenamentos domésticos dos Estados.

Sob o rótulo da desnacionalização do direito, podemos apontar três processos distintos, que, conquanto sujeitos a lógicas e a imperativos diferentes, têm por denominador comum a relativização da soberania do Estado. São eles a universalização da tutela dos direitos humanos, a integração dos Estados através de blocos regionais, e a expansão de um direito paralelo ao dos Estados, adotado pelas empresas transnacionais (*lex mercatoria*), por força da dispersão das suas atividades econômicas por diversos territórios.

<sup>11</sup> In *Direito e Globalização Econômica*, Org. José Eduardo Soares Faria. São Paulo, Malheiros, 1996, p. 18.

### a) *Universalização da proteção dos direitos humanos*

A partir do término da 2ª Guerra Mundial, foram instituídos diversos mecanismos internacionais de tutela dos direitos fundamentais, acompanhando a tendência de consolidação de uma ética univesalizante, centrada na promoção da dignidade da pessoa humana.

De fato, após a barbárie do nazi-fascismo, tornou-se hegemônica a compreensão de que a violação dos direitos fundamentais não pode ser concebida como preocupação doméstica dos Estados, devendo antes ser considerada questão de legítimo interesse da comunidade internacional<sup>12</sup>. Afinal, a realidade demonstrara tragicamente que ao Estado, que é muitas vezes o maior opressor dos direitos fundamentais, não pode ser confiada com exclusividade a tarefa de proteger estes mesmos direitos. O objetivo da universalização é chegar ao ponto em que, nas palavras de Norberto Bobbio, os direitos humanos “*serão os direitos do homem enquanto cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade; ou, em outras palavras, serão os direitos do homem enquanto cidadão do mundo.*”<sup>13</sup>

Para aproximar-se deste ideal, foi necessária a criação de uma complexa estrutura normativa na ordem internacional, que permitisse a responsabilização do Estado por violação dos direitos humanos, com a estruturação de órgãos e instâncias supranacionais de controle. Tal processo tem o seu marco inicial na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que consagra uma plataforma universal de promoção dos direitos fundamentais, contendo tanto direitos civis e políticos como sociais e econômicos. Os direitos proclamados na Declaração de 1948 foram, por sua vez, reiterados no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais, ambos de 1966, que são dotados de inequívoca força jurídica na esfera internacional.

Porém, a tutela dos direitos fundamentais no âmbito internacional apresenta uma série de dificuldade concretas. A enorme heterogeneidade cultural dos povos do mundo torna extremamente complexo o estabelecimento de denominadores comuns na tutela dos direitos humanos. Tal realidade, aliada às deficiências do instrumental coercitivo hoje disponível para as instâncias de poder supranacional, dificulta tremendamente a instituição de garantias efetivas dos direitos formalmente reconhecidos, sobretudo através de órgãos dotados de caráter jurisdicional<sup>14</sup>.

Por isso, a proteção dos direitos humanos através de instituições de âmbito regional tem se revelado mais frutífera, já que Estados situados em contextos históricos, culturais e geográficos mais próximos, têm menos dificuldade em superar aquelas barreiras que são quase intransponíveis no plano global. Assim, instrumentos como a Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950, a Convenção Ame-

12 fr. Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1996, p. 140/141.

13 *A Era dos Direitos*, Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Editora Campus, p. 30.

14 Cfr. Clémerson Merlin Clève, *Proteção Internacional dos Direitos do Homem nos Sistemas Regionais Americano e Europeu*, in *Temas de Direito Constitucional*, São Paulo, Ed. Acadêmica, 1993, p. 132/133.

ricana de Direito Humanos de 1969 e a Carta Africana de Direitos Humanos de 1981, são de vital importância para o funcionamento do sistema internacional de proteção dos direitos fundamentais.

No âmbito regional, tem sido mais fácil a instituição de órgãos de controle, tais como as Comissões e as Cortes de Direitos Humanos. Nesse particular, a tendência geral é no sentido da progressiva aceitação pelos Estados da jurisdição destas instâncias supranacionais, cuja atuação transforma-se assim num importante instrumento de promoção e garantia dos direitos fundamentais, que pode complementar ou corrigir a tutela prestada a estes no âmbito interno dos Estados<sup>15</sup>.

Porém, resta ainda um caminho longo a ser percorrido, na medida em que ainda são pontuais e episódicas as intervenções de entidades supranacionais na proteção dos direitos humanos, em que pese a freqüência e a magnitude das violações a estes direitos, observadas sobretudo nos países subdesenvolvidos.

### b) *A integração regional*

O processo de integração entre países situados na mesma região geográfica, da qual a Comunidade Européia é o exemplo mais cintilante, propicia o surgimento de órgãos e entidades que passam a partilhar a soberania com os Estados. Em alguns casos, estas novas instâncias de poder assumem funções tipicamente estatais, como editar normas jurídicas e dirimir conflitos de interesse.

No caso da Comunidade Européia, esta integração, iniciada sob perspectiva exclusivamente econômica nos albores da década de 50, tem alcançado patamares inéditos, de tal forma que alguns estudiosos já antevêm a formação, em futuro próximo, de um único estado federativo na Europa.

Nesse sentido, a estrutura institucional da Comunidade, caracterizada pela existência de órgãos independentes dos Estados, dotados de funções legislativa (produção do direito comunitário derivado), executiva e judiciária, é signo eloqüente da superação dos paradigmas tradicionais do direito internacional, fundados na soberania do Estado-Nação.

Convém observar que a configuração da atual estrutura da Comunidade Européia só foi possível na medida em que os Estados que a ela aderiram abriram mão de parte de sua soberania, alguns através de emendas às suas constituições. Tal fato revela a inviabilidade prática da manutenção de alguns postulados tradicionais do Direito Constitucional, tais como o da indivisibilidade da soberania.

Por outro lado, o fermento para a consolidação jurídica da Comunidade Européia tem sido, sem dúvida, a jurisprudência criativa do seu Tribunal de Justiça, que vem sedimentando, ao longo do tempo, princípios do direito comunitário que subvertem

15 No Brasil, encontra-se em discussão no Congresso Nacional o projeto de decreto-legislativo aprovando a submissão nacional à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que ainda não se dá nos dias atuais.

a lógica monolítica da soberania ilimitada dos Estados. Entre tais princípios, cabe citar, tanto pela importância como pelo caráter inovador com que se revestem, o da aplicabilidade direta<sup>16</sup>, por força do qual as normas elaboradas pelos órgãos comunitários tornam-se imediatamente vinculantes dentro dos Estados, sem a necessidade de qualquer processo de recepção ou incorporação ao ordenamento doméstico de cada país; o do primado do direito comunitário<sup>17</sup>, em razão do qual se reconhece às normas editadas pela Comunidade a primazia em relação às leis internas de cada Estado; e o da subsidiariedade, segundo o qual a Comunidade Européia só pode exercer competências e funções que o Estado não puder desempenhar a contento.

Na verdade, tal é a magnitude das transformações jurídicas geradas pela experiência comunitária, que alguns autores, liderados por Peter Häberle<sup>18</sup>, têm sustentado a existência de uma verdadeira Constituição Européia, representada pelos tratados institutivos da Comunidade, ao lado dos princípios jurídicos fundamentais partilhados pelos Estados que a compõem. Coloca-se, com isso, a questão, ainda não definitivamente equacionada, da definição do espaço próprio das constituições dos Estados, em face da “Constituição Européia”<sup>19</sup>, bem como do possível conflito entre estas. Este último problema tem suscitado complexas discussões, tais como a levada a cabo pela Corte Constitucional alemã, em julgamento proferido no ano de 1993, sobre a constitucionalidade do Tratado de Maastrich. Em tal decisão, decidiu-se que o Tratado de Maastrich é válido à luz da Constituição alemã, mas que o Tribunal tedesco poderá controlar a aplicação e a interpretação dada a ele pelas autoridades comunitárias, caso estas venham futuramente a ofender à Lei Fundamental da Alemanha<sup>20</sup>.

Porém, outras experiências de integração regional ainda se encontram em estado menos avançado, não tendo ainda se afastado do modelo tradicional do Direito Internacional Público. É o caso do Mercosul, cuja configuração institucional não tem o caráter inovador da Comunidade Européia, não se distanciando dos padrões mais ortodoxos das organizações internacionais do DIP, que ainda se baseiam na premissa da soberania dos Estados que as integram.

De qualquer forma, os processos de integração regional hoje existentes transcendem a dimensão puramente econômica, penetrando no universo jurídico e suscitando questões de difícil equacionamento para o Direito Constitucional, cujos pilares teóricos foram edificados para uma ordem internacional composta por Estados autarquizados, “voltados para o próprio umbigo”.

16 O *leading case* onde se estabeleceu tal princípio na jurisprudência da Comunidade Européia foi caso Van Gend en Loos vs. Holanda, de 1962.

17 O *leading case* de tal princípio é o caso Costa vs. Enel, julgado pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Européia em 1964.

18 *Derecho Constitucional Común Europeo*, Trad. Emílio Mikunda Franco, in *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Coord. Antonio-Enrique Pérez Luño, Madrid, Marcial Pons Ed., 1996, p. 187/223.

19 Vide, a respeito, Francisco Lucas Pires, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*.

20 BverfGE 89, 155. Vide, a respeito, Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Trad. Luíz Afonso Heck, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 99/106.

### c) *A Lex Mercatoria*

A mobilidade dos meios de produção e a volatilidade do capital internacional atuam hoje no sentido de libertar os agentes econômicos transnacionais das amarras do direito interno dos países em que operam. A fragmentação das suas atividades empresariais entre diversos países, permite que os grupos econômicos multinacionais acabem seletivamente a legislação nacional em matéria tributária, trabalhista, administrativa etc., concentrando seus investimentos onde esta lhe seja mais favorável<sup>21</sup>.

Hoje, os conglomerados empresariais transnacionais tornaram-se os protagonistas não estatais da vida econômica mundial, concentrando um poder gigantesco. Tais empresas buscam planejar a sua atuação e disciplinar o seu relacionamento recíproco valendo-se de regras próprias de conduta, que não se confundem com as leis de qualquer Estado Nacional, mas que antes representam praxes aceitas pelos agentes do mercado em que atuam.

A carência de recurso, investimentos e empregos, leva muitos Estados a atrair tais empresas, flexibilizando o seu direito interno para permitir a utilização de *lex mercatoria* pelos grupos multinacionais. Os países que não o fazem são abandonados pelo capital sem pátria, que vai buscar abrigo nos Estados cujo ordenamento for mais benévolo.

Com isso, surge um novo direito comum, que tende a ser universalizado entre os atores econômicos internacionais, produzido não pelo Estado ou por qualquer organização internacional, mas pelo próprio mercado, com base na lógica que lhe é inerente. Esta nova realidade é atemorizante, na medida em que o mercado não tem ética, pois objetiva a expansão do lucro, ainda que à custa do agravamento de problemas sociais e do desrespeito aos direitos humanos. Portanto, o direito estatal, fortemente ancorado na ética comunitária, vai sendo substituído por regras informais de conduta baseadas na exclusiva preocupação com a eficiência econômica.

Porém, o Estado Nacional vê-se impotente para enfrentar tal situação, pois não dispõe de armas que lhe permitam submeter à sua regulação jurídica o capital internacional. Por outro lado, a estratégia do fechamento tem se revelado trágica para todos os países que a adotaram, gerando a obsolescência da economia interna e o empobrecimento do povo. Portanto, delineia-se, na agenda dos Estados-Nacionais, um dramático impasse, onde “se correr o bicho pega, e se ficar o bicho come”.

### *IV. Paradoxos de uma Era de Transição*

A crise nos paradigmas do Direito Constitucional não ocorre de forma repentina. Pelo contrário, ela reflete um complexo processo ainda curso, decorrente de uma multiplicidade de fatores heterogêneos, cujos resultados ainda não estão completamente definidos. Atravessamos, na verdade, uma era de transição, onde os cânones tradicionais da teoria constitucional já não respondem plenamente às exigências da

21 Cfr. José Eduardo Soares Faria, *Direito e Globalização Econômica*, op. cit., p. 11.

sociedade contemporânea, mas ainda não surgiram princípios suficientemente sólidos para substituí-los. Assim, ainda é prematuro falar-se em um novo direito constitucional da pós-modernidade. Porém, a partir de alguns dados já conhecidos, pode-se entrever um quadro pródigo em paradoxos e incertezas, envolvendo as questões centrais que a teoria constitucional terá de enfrentar nos próximos anos.

Dentre tais questões, avulta a da tutela dos direitos humanos. Estes, com efeito, converteram-se no centro de gravidade da filosofia constitucional contemporânea, inserindo-se na agenda não só dos Estados Nacionais, como também de toda a comunidade internacional. Porém, ao deliberar a força dos Estados, o processo de globalização econômica subtrai dos mesmos a capacidade efetiva de promover, no mundo real, os direitos humanos proclamados pelas constituições e pelas declarações internacionais.

Este quadro assume contornos ainda mais dramáticos no que tange aos direitos sociais, que, por definição, pressupõem uma intervenção ativa do Estado no domínio econômico. Ora, a globalização econômica corrói os pilares do Welfare State, na medida em que reduz drasticamente o poder do Estado de implementar as políticas públicas necessárias à garantia dos direitos de 2ª geração. Por outro lado, apesar de toda a evolução dos organismos supranacionais competentes, estes ainda estão muito longe do ponto em que poderão substituir o Estado, no papel de responsável primário pela promoção dos direitos sociais. Assim, cria-se um perigoso vácuo, que tende a aprofundar a miséria e a injustiça social, sobretudo nos países do capitalismo periférico, como o Brasil, que são os que mais sofrem os efeitos excludentes do processo de globalização.

Ainda em relação aos direitos fundamentais, a sua universalização tem ensejado inúmeras dificuldades, relacionadas à sua imposição em contextos culturais diferenciados<sup>22</sup>. Neste particular, cumpre observar que o processo de globalização atua de forma bastante dialética. Por um lado, tal processo acarreta uma certa homogeneização das práticas culturais, favorecendo a consolidação de uma ética comum aos povos, e criando com isso um ambiente propício para a tutela dos direitos fundamentais no plano supranacional. Entretanto, por outro lado, a superexposição das diversas culturas a costumes exógenos às vezes produz o resultado inverso, fermentando fundamentalismos dos mais diversos matizes, e minando as bases necessárias para a sedimentação de uma pauta axiológica mínima compartilhada, indispensável à proteção dos direitos humanos na esfera global.

Neste cenário, coloca-se a apaixonada disputa entre o universalismo e o multiculturalismo. Esta polêmica centra-se na discussão a respeito da própria natureza dos direitos humanos: são eles a projeção jurídica de uma ética transcendental, ou representam antes um subproduto da cultura individualista européia, desenvolvida durante a Modernidade? São os direitos fundamentais a expressão de valores meta-jurídicos universais, que o direito positivo apenas reconhece e cristaliza, ou traduzem

22 Veja-se, a propósito, Jürgen Habermas, *L'Intégration Républicaine*. Trad. Rainer Rochlitz, Paris, Fayard, 1998, p. 245/256.

eles a sedimentação jurídica de interesses historicamente datados, circunscritos a comunidades específicas, situadas no tempo e no espaço?

O multiculturalismo, em sua vertente mais radical, adota a segurança resposta às indagações acima, sustentando, a partir daí que o universalismo dos direitos humanos encobre uma forma artificiosa de imperialismo cultural, através da qual a civilização ocidental, hegemônica no processo de globalização, pretende impor a sua cosmovisão e os seus valores às comunidades periféricas.

Porém, sob a perspectiva inversa, cabe indagar se a Humanidade tem o direito de se silenciar diante de atrocidades cometidas em nome de tradições irracionais e da autodeterminação dos povos (tome-se como exemplo a prática de extirpação do clitóris imposta a mulheres em algumas culturas árabes). Ou ainda, questionar se não terá a comunidade internacional o dever de intervir em Estados quando estes, ainda que amparados pela vontade majoritária do seu povo, promoverem violações em massa de direitos humanos, tais como o massacre de minorias nacionais étnicas e religiosas.

Na verdade, o dilema entre universalismo e multiculturalismo na proteção dos direitos humanos não pode ser resolvido com respostas simples e reducionistas. Por ou lado, não parece razoável invocar o relativismo cultural para legitimar costumes e instituições absolutamente contrárias à dignidade humana, como o *apartheid* ou o regime indiano de castas. Mas, por outro lado, a universalização dos direitos humanos não deve implicar em homogeneização cultural, imposta à revelia das comunidades periféricas, pois estas detêm o sagrado direito de manter vivos os seus valores e tradições. Equilibrar os termos desta complexa equação é uma das tarefas mais delicadas que se impõem ao direito contemporâneo.

Outro déficit que envolve o direito de nossa era relaciona-se à sua legetimidade democrática. De fato, um dos pilares centrais da teoria jurídica da modernidade consistia na legitimação das suas normas, por força da elaboração das mesmas por representantes eleitos pelo povo. Desde a ilustração, entende-se que o caráter democrático do direito repousa na sua formulação através de mecanismos institucionalizados que assegurem o predomínio da vontade majoritária, sem embargos da necessidade de respeito aos direitos das minorias. É certo que a democracia representativa atravessa, não é de hoje, uma crise gerada pelo descrédito em relação aos canais tradicionais de representação popular. Porém, no âmbito dos Estados, tal crise tem sido mitigada através da adoção e do fortalecimento de instrumentos de democracia participativa, tais como o plebiscito, a iniciativa popular das leis etc.

Contudo, a natureza policêntrica do direito contemporâneo empresta novos contornos a tal questão. Hoje, a regulação social brota também de várias fontes externas ao Estado<sup>23</sup>, que, no mais das vezes, não se submetem a qualquer mecanismo de controle democrático. A globalização econômica acentua este quadro, exponenciando a importância das fontes supranacionais de normas jurídicas, que, com ou sem o aval do Estado (*Lex Mercatoria*), acabam disciplinando amplos domínios da

23 Cfr. Boaventura de Souza Santos, *O Discurso e o Poder: Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 64/78.

vida social. Tal realidade está presente, por exemplo, no direito comunitário europeu, que vem sendo fortemente criticado por ser fruto da elaboração de tecnocratas não eleitos — os eurocratas — que tomam decisões da maior relevância, que não se submetem ao crivo das populações interessadas.<sup>24</sup>

Como, ao que parece, o deslocamento de parte da atividade normativa do Estado para instâncias supranacionais apresenta-se como corolário inevitável do processo de globalização, a solução para este déficit democrático deve passar pela democratização destas instâncias, através da articulação de mecanismos de controle popular sobre o seu funcionamento, bem como da eleição, sempre que factível, dos seus agentes.

Enfim, delinea-se no horizonte um quadro tingido com cores sombrias para o constitucionalismo dos próximos anos. São muitas as perplexidades e dúvidas que acometem o espírito, quando se pensa na necessidade que terá o direito contemporâneo de equacionar questões tão intrincadas como as que o processo de globalização suscita no cenário jurídico.

### V. A Falência do Constitucionalismo Pós-Moderno

Poucos conceitos são tão povoados de dúvidas, incertezas e ambigüidades como o de pós-modernismo, fugindo inteiramente ao escopo deste trabalho, dissecá-lo<sup>25</sup>. Na síntese precisa de Antônio M. Hespanha,

*“O pós-modernismo representa, em geral, uma reacção contra as tendências generalizadoras e racionalizadoras da modernidade, ou seja, da época da cultura europeia que, desde o iluminismo até o cientismo triunfante (no domínio das ciências duras e no domínio das ciências sociais) da nossa época, crê, por um lado, que o nível mais adequado para conhecer e organizar é o geral, o global, e que, por outro lado, esse conhecimento e essa organização são progressivos e aditivos, representando vitórias sucessivas sobre a irracionalidade e a desordem. Os seus valores centrais são, portanto, a generalidade e a abstracção, a racionalidade, a planificação e a heterodisciplina, a funcionalidade. A reacção pós-modernista dirige-se contra tudo isto. Ao geral opõe o particular; ao gigantismo do grande opõe a beleza do pequeno (small is beautiful); à eficácia da perspectiva macro opõe a subtileza da perspectiva micro; ao sistema opõe o caso; à hétero-regulação opõe a auto-regulação; ao funcional opõe o lúdico; ao objectivo opõe o subjectivo; à verdade opõe a política”*<sup>26</sup>.

24 Cfr. Ignacio Forcada Barona, *El sistema institucional de las comunidades europeas*, in *Intituciones de Derecho Comunitario*, Rosario Huesa Vinaxia (coord.), Valencia, Tirant lo blanch libros, 1996, p. 82/83. Todavia, o mencionado problema foi de alguma maneira mitigado após o Tratado de Maastrich, de 1992, com a expansão das competências do Parlamento Europeu, cujos membros são eleitos.

25 Veja-se, a propósito, Boaventura de Souza Santos, *Introdução a uma Ciência Pós-Moderna*, Rio de Janeiro, Ed. Graal, 1989. Para uma abordagem crítica do pós-modernismo, Sérgio Paulo Rouanet, *Mal-Estar na Modernidade*, São Paulo, Companhia das Letras, 1991.

26 *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*. Publicações Europa-América, 1997, p. 246.

No plano jurídico-político, o pós-modernismo é normalmente associado ao esgotamento do projeto iluminista de sociedade, à descrença no poder emancipador da razão e do direito, à desconfiança em relação ao universalismo ético e ao diagnóstico da impraticabilidade da regulação estatal de uma sociedade cada vez mais complexa e fragmentada. Cabe ressaltar, porém, que não há um único pós-modernismo jurídico, mas vários, que variam substancialmente, abarcando todo o espectro político, da extrema direita à extrema esquerda.<sup>27</sup>

Para resolver a crise que atravessa o direito, o pós-modernismo propõe, em apertada síntese, a substituição do modelo jurídico da modernidade, fundado no monopólio estatal do uso legítimo da força e da produção de normas jurídicas, por um sistema jurídico policêntrico, voltado para a auto-regulação e para a resolução consensual dos conflitos.<sup>28</sup> O direito pós-moderno torna-se mais flexível e menos autoritário. O Estado cada vez menos dita normas imperativas de conduta, de baixo para cima, e cada vez mais procura soluções negociadas com as partes interessadas. Ao invés de obrigar, através de regras coercitivas, o Estado tenta induzir os atores sociais à observância de comportamentos que considera positivos. Em outras palavras, o direito estatal é reduzido ao mínimo, a partir da constatação de que ele, além de ineficiente, sufoca e engessa a sociedade.<sup>29</sup>

No plano constitucional, o pós-modernismo tende a esvaziar a Constituição do seu conteúdo substancial e de sua carga axiológica, convertendo-a em norma procedimental de uma era pós-intervencionista. Na síntese precisa de Canotilho, a Constituição pós-moderna, em termos tendenciais,

*“é um estatuto reflexivo que, através do estabelecimento de esquemas procedimentais, do apelo a auto-regulações, de sugestões no sentido da evolução político-social, permite a existência de uma pluralidade de opções políticas, a compatibilização dos dissensos, a possibilidade de vários jogos políticos e a garantia da mudança através da construção de rupturas.”*<sup>30</sup>

Portanto, a perspectiva pós-moderna despreza a força normativa da Constituição<sup>31</sup>, desconsiderando, de modo nihilista, as virtualidades que tem a Lei Maior de, de alguma maneira, conformar a realidade social, promovendo os valores fundamen-

27 Cfr. André-Jean Arnaud, *Entre Modernité et Mondialization: Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 148/151.

28 Cfr. José Ribas Vieira, *Teoria do Estado: A Regulação Jurídica*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 1995.

29 É sob esta perspectiva que foi articulada a teoria sistêmica de Niklas Luhmann e de Gunther Teubner, que concebem o direito como sistema autopoietico, ou seja, como um sistema cerrado, auto-reprodutor, totalmente autônomo em relação à sociedade. Veja-se, sobre esta teoria, Teubner, *O Direito como sistema autopoietico*, trad. José Engrácia Antunes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. Na nossa modesta opinião, a teoria sistêmica não vai além de um positivismo jurídico mal-disfarçado, apresentado sob as vestes de uma terminologia hermética e imprópria, desajeitadamente importada das teorias biológicas de Maturana e Varela.

30 *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Livraria Almedina, 1998, p. 1.235.

31 O conceito de força normativa da Constituição foi desenvolvido pelo constitucionalista germânico Konrad Hesse, estando desenvolvido em artigo com este nome publicado na obra *Escritos de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 55/78.

tais de uma comunidade política. A aplicação do ideário pós-moderno ao direito constitucional corresponderia à retirada do texto constitucional das normas programáticas, bem como daquelas tingidas por algum colorido ideológico. O resultado seria uma constituição insossa, próxima ao figurino pré-weimariano do constitucionalismo liberal.

Trata-se, no nosso entendimento, de uma compreensão perniciosa do fenômeno constitucional, que extrai da Constituição o seu caráter de epicentro axiológico do ordenamento jurídico e de norma legitimadora do Estado<sup>32</sup>. Esta ótica revela-se cruel, sobretudo em países subdesenvolvidos como o Brasil, pois quando a Constituição abandona o projeto de emancipação das classes desfavorecidas, ela passa a coonestar, com o seu silêncio de Pilatos, o *status quo* de profunda injustiça social.

Portanto, se, por um lado, é inegável a crise do constitucionalismo moderno, por outro, a solução preconizada pelo pós-modernismo não a resolve. Não se cura a doença matando o doente. Parafrazeando Habermas, podemos dizer que, também no Direito Constitucional, o projeto da modernidade está ainda inacabado.

## VI. Conclusão

As Constituições não são entidades etéreas que sobrepassam ao mundo da vida. Pelo contrário, elas são normas historicamente situadas, nas quais devem se refletir as grandes questões que agitam a sociedade em que vigoram. Por isso, é natural que o processo de globalização, que tantos abalos vem produzindo no mundo contemporâneo, ecoe também nos domínios do Direito Constitucional.

Sigmund Freud, em célebre passagem de sua obra<sup>33</sup>, descreve três grandes momentos de ruptura na história do pensamento, nos quais o homem, por força dos avanços da ciência, teve de modificar as suas crenças mais profundas: quando descobriu, com Copérnico, que o planeta onde habita não é o centro do universo, mas um grão de pó perdido na imensidão do espaço; quando aprendeu, com Darwin, que é apenas o fruto aleatório da seleção natural; e quando descobriu, com o próprio Freud, que não domina nem mesmo a própria vontade, que é controlada pelo seu inconsciente.

O abalo sísmico gerado pela globalização na província do Direito Constitucional compara-se, em magnitude e profundidade, às revoluções epistemológicas descritas pelo pai da psicanálise. De fato, o processo de globalização incide sobre a viga-mestre que esteia o constitucionalismo moderno, que é a própria noção de Estado soberano.

Há dois séculos, defendia Kant que, no futuro, para garantir a paz perpétua, a humanidade deveria constituir um só Estado sob a forma federal, abolindo fronteiras

32 Sobre a natureza axiológica da Constituição, e a sua necessária simbiose com o universo da ética, veja-se a recente obra de Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The moral reading of the american constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.

33 *Obras Completas*, trad. Luiz Lopes-Ballesteros y de Torres. Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, tomo III, cap CI.

e criando um direito cosmopolita e uma cidadania universal. Será que a globalização levará à confirmação da sua previsão? Qualquer resposta a esta indagação seria um exercício inconseqüente de futurologia. Porém, uma coisa é certa: o Estado-Nação, plenamente soberano, regido por uma Constituição juridicamente ilimitada, não existe mais. O que será constituído a partir dos seus escombros, é difícil vaticinar.

Porém, é preciso ter os pés no chão. A Constituição ainda exerce um papel fundamental nas engrenagens da sociedade moderna. A constatação de que ela não pode tudo, não significa que não possa nada. No atual estágio da civilização, o projeto constitucional da modernidade ainda tem o seu espaço garantido. Assim, e sobretudo em países marcados pelo estigma da injustiça social, como o Brasil, é importante apostar nas virtualidades da Constituição, até para usá-la como escudo ante os efeitos excludentes da globalização.