

O DIREITO ACHADO NA RUA INTRODUÇÃO CRÍTICA AO DIREITO À SAÚDE

Alexandre Bernardino Costa • José Geraldo de Sousa Junior
Maria Célia Delduque • Mariana Siqueira de Carvalho Oliveira • Sueli Gandolfi Dallari
Organizadores

O DIREITO À SAÚDE
ACHADO NA RUA





Módulo 2

Pluralismo Jurídico e Regulação (oito tendências do direito contemporâneo)

José Eduardo Faria

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Conteúdo

Apresentação

Referências

Apresentação

Há uma lógica globalmente avassaladora neste início de século. Impondo-se de modo hegemônico, ela abriu caminho para novas formas de organização econômica e novos padrões de acumulação, para a mobilidade quase ilimitada na circulação dos capitais financeiros e para o crescente poder dos administradores de ativos mobiliários. Graças ao avanço da informática, das técnicas de informação, telecomunicações e dos transportes, essa lógica trouxe com ela novas regras e funções, novos conflitos e tensões, novos dilemas e paradoxos.

Nos mercados transnacionalizados, nada é estável e tudo se modifica com a passagem do tempo. Com isso, rompem a congruência entre economia nacional, Estado nacional, cidadania nacional e sociedade nacional. Alteram o jogo nacional/internacional. E põem em xeque a ideia de soberania, por um lado convertendo opinião pública e governos democraticamente eleitos em meros espectadores de decisões sobre as quais têm pouco ou nenhum poder de influência; e, por outro, multiplicando as possibilidades de ação de empresas, instituições financeiras e conglomerados comerciais. Na medida em que podem operar nos interstícios de um sistema não-regulado, dado o progressivo esvaziamento de uma ordem internacional “westfaliana” concebida com base na premissa de que os Estados tinham total liberdade de definir suas prioridades, esses atores econômicos agora flutuam quase livremente pelos espaços mundiais.

De todos os desdobramentos dessa lógica global, pelo menos duas, em particular, estão afetando profundamente o universo do direito positivo. Por causa delas, as tradicionais normas abstratas, impessoais e padronizadoras do ordenamento jurídico vêm gradativamente perdendo sua capacidade de ordenar, moldar e conformar sociedades complexas. Igualmente, os tradicionais mecanismos processuais penais e civis desse ordenamento, com suas intrincadas combinações de prazos e recursos judiciais, também já não conseguem exercer de maneira eficaz seu papel de absorver tensões, dirimir conflitos, administrar disputas, neutralizar a violência e disseminar uma “expectativa de justiça” entre os cidadãos.

A primeira dessas consequências é o aumento na velocidade do processo de diferenciação socioeconômica. Cada vez mais os sistemas técnico-científicos, produtivos, financeiros e comerciais se especializam e se subdividem continuamente com base em novas especializações. E, ao atuar em áreas crescentemente específicas, eles tendem a produzir suas próprias regras, seus próprios procedimentos, suas próprias racionalidades e suas próprias concepções de justiça. Essa tendência dos diferentes sistemas à autonomia, por sua vez, amplia extraordinariamente a complexidade do sistema jurídico: dificulta o trabalho de produção normativa por parte do legislador. E ainda leva a legislação por ele editada a ter sua efetividade condicionada à aceitação de suas prescrições justamente pelos distintos sistemas que ela deveria disciplinar, enquadrar, regular e controlar, pondo assim em xeque a centralidade dos poderes públicos.

Posta a questão de outro modo, se a autonomia é, por definição, autoregulação, como é possível a efetividade do direito positivo, enquanto regulação externa dos sistemas?

A segunda consequência, surgida na dinâmica da reestruturação industrial, da reordenação dos espaços econômicos e das novas formas organizacionais do capitalismo globalizado é a fragmentação da produção. Ela é particularmente importante porque, no âmbito da nova divisão

internacional do trabalho, o acirramento e a universalização da competição levaram empresas e conglomerados a procurar extrair todas as vantagens possíveis da localização.

Graças à substituição das enormes e rígidas plantas industriais de caráter “fordista-taylorista” por plantas mais leves, enxutas, flexíveis e multifuncionais, empresas e conglomerados podem distribuir entre distintas cidades, regiões, nações e continentes as diferentes fases de fabricação de seus bens. Essa facilidade de transferir suas plantas industriais lhes dá um extraordinário poder para barganhar o lugar de sua instalação com as diferentes instâncias dos poderes públicos de qualquer Estado, em troca de incentivos fiscais, isenções tributárias, empréstimos com juros subsidiados, infraestrutura a custo zero e adaptação das legislações social, trabalhista, previdenciária, ambiental e urbanística às suas necessidades e interesses. Com isso, as disputas para atrair investimentos diretos muitas vezes acabam ganhando contornos por vezes verdadeiramente selvagens e predatórios, em termos de renúncia, pelas diferentes instâncias do poder público, de parte de sua autonomia decisória e de sua soberania fiscal.

Diante do policentrismo que hoje caracteriza a economia globalizada, pondo em xeque os princípios básicos da soberania – supremacia, indivisibilidade e unidade do Estado – e atingindo particularmente os países periféricos e semiperiféricos, de moeda não conversível, o direito positivo e instituições judiciais passam a enfrentar enormes limitações estruturais.

Uma das mais importantes é a redução de parte significativa de sua jurisdição. Como foram concebidos para atuar dentro de limites territoriais precisos, com base nos instrumentos de violência monopolizados pelo Estado, seu alcance tende a diminuir na mesma proporção em que as barreiras geográficas vão sendo superadas tanto pela expansão das tecnologias de informação e produção, das redes de comunicação e dos sistemas de transportes quanto pela justaposição e intercruzamento de novos centros de poder. Direitos sociais e econômicos associados à regulação do mercado, por isso mesmo, perdem eficácia à medida que a globalização altera as condições materiais de proteção de seus detentores formais. E quanto maior é a velocidade desse processo, mais o direito positivo e os tribunais tendem a ser atravessados no seu papel garantidor de controle da legalidade por justiças e normatividades paralelas.

As emergentes nos espaços infraestatais (municipais ou provinciais), surgidas das necessidades reais de diferentes setores sociais cujos interesses não encontram a acolhida necessária nas instituições jurídico-judiciais formais. E as que têm sido forjadas nos espaços supraestatais (regionais ou mundiais), fortemente condicionadas pelos processos de harmonização legislativa, unificação normativa e disciplinamento organizacional inerentes ao fenômeno da globalização econômica e às experiências de integração regional.

No primeiro caso, por exemplo, estão florescendo os mais variados procedimentos negociais e mecanismos paraestatais de resolução de conflitos, sob a forma de mediação, conciliação, arbitragem, autocomposição de interesses e autoresolução de divergências (além da imposição da lei do mais forte nas áreas periféricas das grandes regiões metropolitanas que, como é o caso do Rio de Janeiro e Bogotá, são controladas pelo crime organizado e pelo narcotráfico). Já no segundo caso, vão sendo reformulados e ampliados em progressão geométrica, mas não sem vetos ou dificuldades, os mecanismos reguladores e controladores dos mais diversos organismos multilaterais, como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, a Organização Mundial do Comércio, o Banco para Compensações Internacionais ou a União Europeia, o Nafta, o Mercosul, etc.

Paralelamente, e de modo igualmente veloz, também vão se expandindo as agências de classificação de risco, que atuam como verdadeiros tribunais na avaliação das políticas econômicas nacionais, bem como o direito dos contratos internacionais (chamada nova *Lex Mercatória*) e a normatividade autoproduzida por conglomerados empresariais, por instituições financeiras e por redes de comercialização de bens e serviços para disciplinar suas atividades.

Atualmente, pelo menos 113 das atividades das 65 mil corporações transnacionais atuantes na economia globalizada, por meio de 850 mil firmas e subsidiárias, empregando 54 milhões de pessoas em todo o mundo e com vendas internas e externas estimadas em US\$ 19 trilhões, são realizadas por elas próprias (VEJA, 9/6/2004).

Como consequência, isso faz do comércio intrafirmas uma importante fonte autônoma de princípios, regras e procedimentos jurídicos, ou seja, de produção privada de direitos. Dito de outro modo, as relações contratuais entre essas corporações constituem uma forma de organização privada da produção, da comercialização e da distribuição, estabelecendo situações de poder desiguais e de dependência, com uma lógica de subordinação, domínio, solidariedade e cooperação.

São relações contratuais contínuas que se prolongam no tempo e que forjam usos, costumes, obrigações de lealdade e hierarquias informais. Com seus esquemas de coerção disciplinar e controle operacional assegurando sua coesão funcional, essa organização privada da produção, da comercialização e da distribuição encerra assim mecanismos difusos e relacionais de poder, ramificados por formas locais e regionais que se materializam nas práticas organizacionais das empresas com atuação transnacional, ultrapassando os limites das normas e procedimentos do ordenamento jurídico dos Estados-nação.

Outra limitação estrutural do direito positivo e suas instituições judiciais diz respeito à incompatibilidade entre seu perfil arquitetônico e a crescente complexidade do mundo contemporâneo. Suas normas tradicionalmente padronizadoras, editadas com base nos princípios da impessoalidade, da generalidade, da abstração e do rigor semântico e organizadas sob a forma de um sistema unitário, lógico, fechado, hierarquizado, coerente e postulado como isento de lacunas e antinomias, são singelas demais para dar conta de uma pluralidade de situações sociais, econômicas, políticas e culturais cada vez mais diferenciadas. Seu formalismo excessivo impede a visão da complexidade socioeconômica e da crescente singularidade dos conflitos. Seus princípios gerais, suas regras e seus procedimentos já não conseguem regular e disciplinar, guardando a devida coerência sistêmica, fatos multifacetados e heterogêneos.

No entanto, como o Estado não pode deixá-los sem algum tipo de controle, ele se vê obrigado a editar normas *ad hoc* para casos altamente específicos e singulares. E quanto mais sua produção normativa caminha nessa linha, aumentando o número de textos legais com um potencial de aplicação bastante circunscrito no tempo e no espaço, mais o direito positivo vai expandindo-se de maneira confusa e desordenada.

As microracionalidades surgidas com essa expansão caótica revelam-se incapazes de convergir em direção a uma racionalidade macro, de tal modo que, numa situação-limite de “hiperjuridicização” ou “sobrejuridificação”, o direito positivo já não conta mais com uma hierarquia de normas e leis minimamente articulada e com princípios integradores compatíveis entre si. Desse

modo, face à sua pretensão de abarcar uma intrincada e contraditória pluralidade de interesses, disciplinar comportamentos altamente particularísticos e balizar a ação de uma enorme multiplicidade de operadores e atores jurídicos, ela acaba perdendo sua organicidade programática, sua racionalidade sistêmica, sua força diretiva – numa palavra, toda sua potencial efetividade.

Diante da integração dos sistemas produtivo e financeiro em escala mundial, do enfraquecimento da capacidade de controle e intervenção sobre os fluxos internacionais de capitais pelos bancos centrais, da porosidade entre poderes locais, regionais e supranacionais e interesses empresariais, da crescente autonomia de setores econômicos funcionalmente diferenciados e especializados e da interpenetração da política internacional com a política doméstica, o Estado hoje se encontra diante de um impasse (WILLKE, 1986 ; TEUBNER, 1997; JESSOP, 2003).

Por um lado, já não consegue mais regular a sociedade e a economia exclusivamente por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais e de suas soluções homogêneas ou padronizadoras. Com as intrincadas tramas e entrelaçamentos promovidos pelos diferentes setores socioeconômicos no âmbito dos mercados transnacionalizados e com o advento de situações novas e não padronizáveis pelos paradigmas jurídicos vigentes, o direito positivo e suas instituições judiciais têm um alcance cada vez mais reduzido e uma operacionalidade cada vez mais limitada.

Por outro lado, sem condições de assegurar uma eficaz regulação direta e centralizadora das situações sociais e econômicas, pressionado pela multiplicação das fontes materiais de direito, perdendo progressivamente o controle da coerência sistêmica de suas leis ao substituir normas abstratas, genéricas e impessoais por normas particularizantes, específicas e “finalísticas”, e ainda tendo seu ordenamento submetido a uma competição com outros ordenamentos, o Estado atinge os limites de sua soberania político-jurídica.

A consciência desse impasse, tanto pelos legisladores quanto pelos próprios governantes, os tem levado a rever sua política e técnicas legislativas, por um lado, almejando desvincular o Estado de suas funções controladoras, reguladoras e planejadoras da economia, e, por outro, rendendo-se à oposição do pluralismo ao monocentrismo jurídico, da diversidade e da flexibilidade normativa à rigidez hierárquica dos códigos e das leis. Para reformular a estrutura do direito positivo e redimensionar o campo de ação de suas instituições judiciais, eles estão recorrendo a amplas e ambiciosas estratégias de desformalização, deslegalização e desconstitucionalização, implementadas paralelamente à promoção da ruptura dos monopólios estatais, alienação de empresas públicas, privatização de serviços essenciais, abdicação do poder de interferência na fixação de preços, salários e de limites nas contratações trabalhistas e nas condições de trabalho e cortes nos gastos sociais.

Essa estratégia tem sido justificada, entre outros fatores, por uma espécie de cálculo de custo/benefício. Sem ter como ampliar, quer a complexidade estrutural de seu ordenamento jurídico, quer a complexidade organizacional de seu aparato judicial ao nível equivalente de complexidade e diferenciação funcional dos diferentes sistemas socioeconômicos, legisladores e dirigentes passam então a agir numa linha basicamente pragmática. Afinal, se quanto mais tentam controlar, disciplinar, regular e intervir, menos conseguem ser eficazes, menos conseguem obter resultados satisfatórios, menos conseguem manter a coerência lógica e menos conseguem assegurar a organicidade de seu direito positivo e a efetividade de suas instituições judiciais, não

lhes resta outro caminho para preservar sua autoridade funcional: quanto menos procurarem controlar, disciplinar, regular e intervir, menor será o risco de acabarem desmoralizados pela “inefetividade” de seu instrumental regulatório e de seus mecanismos de controle.

As consequências desse processo de descentralização, desformalização, deslegalização e desconstitucionalização têm sido contraditórias. Por um lado, a desregulamentação em alguns setores – como no plano socioeconômico, por exemplo – vem sendo promovida paralelamente ao aumento da regulamentação em outros, como na esfera penal. Muitas vezes, além disso, os projetos de desregulamentação também exigem, como condição básica de sua implementação, uma produção legislativa específica e altamente minudente (SANTOS, 1994).

Por outro lado, longe de conduzir a um vazio jurídico ou a um vácuo normativo, a desformalização, a deslegalização e a desconstitucionalização têm aberto caminho para uma intrincada articulação de sistemas e subsistemas socioeconômicos internos e externos.

Uma parte significativa do direito positivo do Estado, nesse sentido, hoje vem sendo “internacionalizada” pela expansão da normatividade autoproduzida pelos conglomerados empresariais e pelo sistema financeiro e por suas relações intersticiais com as inúmeras regras e procedimentos emanados dos diferentes organismos multilaterais. Outra parte, por sua vez, vem sendo minada pela força constitutiva de determinadas situações criadas pelos detentores do poder econômico e pelas novas fontes de autoridade a ele vinculadas. E, como consequência, está sendo substituída pelo veloz crescimento do número de normas paralelas, no plano infranacional, na medida em que cada corporação empresarial e as cadeias produtivas em que estão inseridas tendem a criar as regras de que precisa e a jurisdicizar suas respectivas áreas e espaços de atuação segundo suas conveniências. Dessa maneira, a desregulamentação e a deslegalização, em nível do Estado, nada mais são do que uma outra forma de regulamentação e legalização.

Trata-se, falando curto e grosso, de uma *re-regulamentação* e a *re-legalização* em nível dos próprios sistemas socioeconômicos (CHEVALIER, 1987; SANTOS, 1995); mais precisamente, em nível das organizações privadas capazes de efetuar investimentos produtivos, de criar empregos, de gerar receita tributária, etc.

Nesse cenário de Estados soberanos com menor autonomia de fato e poderes legais em crise funcional, o que resta do direito positivo forjado com base nos princípios da coerência, da previsibilidade, da certeza e da segurança?

Depois dos conhecidos processos de “publicização do direito privado” e subsequente “administrativização do direito público” ocorridos no âmbito do *Welfare State* entre o final dos anos 1940 e início dos anos 1970, o que se tem a partir da década de 1980 é um ordenamento jurídico fragmentado, sem unidade conceitual, lógica e programática, incapaz de conter e prover a solução de todos os problemas jurídicos.

Na medida em que muitos desses problemas são equacionados por normatividades paralelas, o ordenamento jurídico estatal perde sua centralidade e, acima de tudo, sua exclusividade. Ele deixa de ser o vértice do sistema normativo para se converter em parte de um

polissistema. Deixa de ser o ponto mágico de legitimação e legitimidade de uma ordem jurídica autocentrada nos limites de um território (SCHOLTE, 2004) e passa a abrir-se progressivamente a normas oriundas de organismos multilaterais de centros transnacionais, de centros regionais e de centros locais.

A exemplo do próprio Estado, que nesse cenário vai deixando de ser um ator unitário para se converter num marco a mais, entre tantos outros nas negociações econômicas, e quase sempre constrangido no manejo das políticas monetárias e de crédito, esse ordenamento é constituído como mais um sistema normativo, entre vários outros igualmente válidos.

Do ponto de vista de sua arquitetura interior, esse ordenamento se destaca por sua legislação basicamente “descodificada”, formada pela multiplicação de leis especiais sobre matérias específicas nos planos cível, comercial, econômico, tributário, fiscal, administrativo, previdenciário, trabalhista, etc.

Expressando-se sob a forma de normas de organização, normas de conduta, normas programáticas, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, essas leis especiais, inter cruzando-se continuamente, terminam produzindo inúmeros microssistemas e distintas cadeias normativas no âmbito do direito positivo.

Assumindo assim a forma de redes, esses inúmeros microssistemas legais e essas distintas cadeias normativas se caracterizam pela extrema multiplicidade e heterogeneidade de suas regras e mecanismos processuais; pela evidente provisoriedade e mutabilidade de suas engrenagens normativas; pelo acolhimento de uma pluralidade de pretensões contraditórias e, na maioria das vezes, excludentes; pela geração de conflitos e discussões extremamente complexas, em matéria de hermenêutica, exigindo dos intérpretes conhecimentos técnicos não só no âmbito do direito, mas, igualmente, no plano da economia, da contabilidade, das ciências atuariais, da tecnologia, etc. Num ordenamento jurídico com tais características, por isso mesmo, os tradicionais conceitos de “bem comum”, de “interesses gerais e universais” e de “fim social” das leis já não conseguem mais exercer o papel de “princípios totalizadores” destinados a compor, integrar e harmonizar interesses específicos.

Por causa de seu forte potencial comunicativo e persuasivo, esses conceitos podem até continuar preservados simbólica e retoricamente nos textos legais, sobrevivendo aos avassaladores processos de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização. Contudo, não têm mais o mesmo peso ideológico e funcional detido à época do advento do Estado constitucional, da democracia representativa e das modernas declarações de direitos.

Que futuro poderá ter esse tipo de ordenamento jurídico?

Se levarmos em conta que estes últimos anos registraram mudanças profundas na concepção arquitetônica dos sistemas legais, na quantidade e na complexidade das regulações normativas, na natureza e no alcance dos conflitos socioeconômicos, nas estruturas, no conteúdo e nos objetivos dos códigos e das leis, no volume de informações sobre o direito e na velocidade de sua circulação e, por fim, nas próprias categorias epistemológicas das diferentes teorias jurídicas, seria irresponsável tentar oferecer uma resposta objetiva, clara e precisa para essa indagação. O

máximo que se pode fazer, e assim mesmo com a devida prudência e, evidentemente, sob o risco de avaliações precipitadas, é identificar oito importantes tendências e levantar um problema.

Primeira tendência

A **primeira tendência** é de ampliação da incompatibilidade entre a concepção de tempo adotada pela legislação processual civil e pela legislação processual penal, e a concepção de tempo prevalecente no processo decisório no âmbito dos mercados transnacionalizados.

Com o desenvolvimento da informática, a revolução da microeletrônica e o avanço das telecomunicações, esse processo decisório é cada vez mais instantâneo. Ou seja, o tempo na economia globalizada não respeita fusos horários. É o tempo real, o tempo da simultaneidade. A legislação processual civil e a legislação processual penal, no entanto, continuam sendo basicamente regidas pelo tempo diferido, isto é, por etapas que se articulam de maneira sucessiva, por fases que se sucedem cronologicamente. Daí a propensão dos agentes econômicos – conglomerados, bancos comerciais, bancos de investimentos, companhias seguradoras, fundos de pensão, etc. – a evitar os tribunais na resolução de seus conflitos, optando por mecanismos mais ágeis e dinâmicos, como a mediação e a arbitragem.

Segunda tendência

Decorrente da anterior, a **segunda tendência** diz respeito à expansão hegemônica dos padrões legais anglo-saxônicos. Sua rapidez, seu pragmatismo e sua flexibilidade cada vez mais têm sido contrapostos às normas e aos procedimentos altamente ritualizados dos modelos franco-românicos, considerados pouco objetivos, lentos e incompatíveis com os imperativos da globalização.

Fundados nos valores da eficiência, produtividade, competitividade e acumulação, como já se viu, esses imperativos simplesmente desqualificam o formalismo justificado por estes últimos modelos em nome da “garantia do processo”, da “certeza jurídica” e da “segurança do direito”. Iniciativa desta tendência é a abertura de linhas de financiamento, tanto pelo Banco Mundial quanto pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), para a reforma dos sistemas jurídico e judicial de países periféricos e semiperiféricos, cujo direito não está vinculado aos padrões anglo-saxônicos.

Terceira tendência

A **terceira tendência** é a da progressiva redução do grau de coercibilidade do direito positivo. Com os processos de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização e com a superposição de novas esferas de poder, muitas das normas que restam já não mais se destacam por seu *enforcement*, ou seja, por sua capacidade de atuar como um comando incontestado. Elas se caracterizam, justamente, por sua baixa “imperatividade”; pela abdicação das soluções heterogêneas; pela renúncia a qualquer “função promocional”.

Na medida em que abandonam a pretensão de promover uma regulação direta, limitando-se a estabelecer premissas para decisões, a estimular negociações e entendimentos e a viabilizar soluções adaptáveis para cada situação específica, essas normas introduzem no ordenamento jurídico uma flexibilidade desconhecida pelos padrões legais prevalecentes desde o advento do

Estado moderno. Elas não estabelecem *a priori* as regras do jogo nem asseguram determinadas garantias fundamentais (papel básico da Constituição no âmbito do Estado liberal). E também não impõem a obtenção compulsória de determinados resultados (papel básico do direito social e econômico no Estado intervencionista).

São normas que substituem as tradicionais racionalidades formal e material por uma racionalidade nova, de caráter meramente procedimental, aspirando, apenas, e tão somente, uma regulação indireta; são normas que, reconhecendo a autonomia decisória de sistemas sociais econômicos diferenciados e autoregulados, procuram apenas promover uma articulação entre eles. Sua baixa imperatividade, contudo, não deve ser entendida como ausência de coercibilidade na organização para as relações sociais. Na maioria das vezes, essas normas procedimentais implicam uma sutil, inteligente e eficaz estratégia de reforço dos controles sociais pelo recurso, por exemplo, a mecanismos policiais privados, sob a forma de esquemas de vigilância, retenção de documentos pessoais, fechamento de espaços públicos, etc.

Quarta tendência

A **quarta tendência** é da “reprivatização” do direito. Após a extraordinária expansão do direito público e de suas normas controladoras, reguladoras e diretivas, culminando nas “constituições-dirigentes” tão em voga nas décadas de 1960 e 1970, o que agora se vê com os processos de descentralização, desformalização, desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização é um movimento de retomo ao direito civil. Mas, como já foi entreaberto na primeira tendência, com uma diferença significativa.

Dada a substituição da tutela governamental pela livre negociação e a subsequente expansão das relações contratuais entre redes de empresas e cadeias produtivas, esse ressurgimento tem ocorrido, basicamente, à margem do Estado. Enquanto o direito civil posterior à Revolução Francesa surgiu no bojo de um processo de eliminação dos particularismos locais, de força crescente do poder nacional nas sociedades em modernização, de expansão da economia monetária, de afirmação de obrigações gerais com validade universal e de institucionalização da propriedade, da autonomia da vontade e da igualdade formal (BENDIX, 1977), o direito civil deste final de século está surgindo na dinâmica de um processo de transnacionalização dos mercados, de transferência de riqueza, de concentração dos capitais financeiros e esvaziamento da capacidade de autodeterminação política dos Estados.

Nesse refluxo do direito público, a própria ideia de Constituição ganha novas feições. Ela deixa de ser um estatuto organizatório definidor de competências e regulador de processos no âmbito do Estado, passível de ser visto como “norma fundamental” e reconhecido como centro emanador do ordenamento jurídico. E assume a forma de uma carta de identidade política e cultural, atuando como um centro de convergência de valores, cujo âmbito teriam caráter absoluto apenas duas exigências fundamentais. Do ponto de vista substantivo, os direitos de cidadania e a manutenção do pluralismo axiológico, mediante a adoção de mecanismos neutralizadores de soluções uniformizantes e medidas capazes de bloquear a liberdade e instaurar uma unidade social amorfa e indiferenciada. Do ponto de vista “procedimental”, as garantias para que o jogo político ocorra dentro da lei, isto é, de regras jurídicas estáveis, claras e acatadas por todos os atores.

Ainda na mesma tendência de refluxo do direito público, o direito administrativo, a exemplo do direito constitucional, também sofre alterações paradigmáticas. A principal delas é a relativização da premissa em torno do qual foi originariamente organizado: a ideia de limitação do poder e racionalização formal de seu exercício.

Com a revogação dos monopólios públicos e a progressiva privatização dos serviços essenciais, essa premissa tende a ser considerada como obstáculo aos processos de racionalização gerencial. Com a redução tanto do tamanho quanto do alcance do Estado, o controle formal de suas decisões passa a ser combinado com premissas voltadas à lógica do mercado, como a eficiência de gestão e a valorização dos resultados. Desse modo, em vez de condicionar os modos de agir do Executivo, estabelecendo suas prerrogativas e suas obrigações com base nos princípios da legalidade e da discricionariedade, o direito administrativo se converte em instrumento de gestão de uma máquina governamental que, após a conversão dos serviços públicos em negócios regido pelo critério da rentabilidade, cada vez mais encara os cidadãos não como portadores de direitos subjetivos, mas como simples “clientes” ou consumidores.

Quinta tendência

De algum modo vinculada com o refluxo do direito público, a **quinta tendência** é de enfraquecimento progressivo do Direito do Trabalho, enquanto conjunto de normas e procedimentos forjado a partir de conquistas históricas na dinâmica de expansão do capital industrial com a finalidade de circunscrever, controlar e dirimir os conflitos laborais. Seu alcance e sua estrutura têm sido profundamente afetados pela volatilidade e mobilidade dos capitais e pelas mudanças ocupacionais e organizacionais subjacentes ao fenômeno da globalização econômica.

Com a crescente informatização das linhas de produção, o avanço da terceirização e o advento de novos modos de inserção no mundo do trabalho, a mão-de-obra progressivamente se desloca para o setor de serviços e a ideia de “emprego industrial” subjacente à legislação trabalhista entra em crise. Como o setor de serviços se caracteriza pela flexibilidade operativa e pelos diferentes critérios de aferição de produtividade, ele tende a exigir formas mais maleáveis de contratação e formalização das relações trabalhistas do que as vigentes no âmbito do setor industrial.

Essa combinação entre flexibilidade operativa, heterogeneidade das estruturas de emprego no setor terciário e despadronização nas formas jurídicas de contratação trabalhista atinge a essência da legislação laboral. Na medida em que se multiplicam os contratos a termo, a subcontratação, o trabalho em domicílio e formas novas de remuneração com base na produtividade, levando o antigo trabalhador com carteira assinada a assumir a figura jurídica de “microempresário”, a proteção assegurada aos “hipossuficientes” é esvaziada pela livre negociação entre partes formalmente “iguais”. Desse modo, quanto mais os contratos de locação de serviços moldados na melhor tradição do direito privado tomam o espaço anteriormente ocupado pelas normas padronizadoras da legislação laboral, mais o Direito do Trabalho tende a se desfigurar e a se “civilizar”, ou seja, mais se confunde e se funde com o Direito Privado.

Sexta tendência

A **sexta tendência** é a de uma transformação paradigmática no conteúdo programático do Direito Internacional, seja em função do advento de redes de Estados associados em blocos comer-

ciais e econômicos, seja como decorrência de pressões de grandes corporações por uma regulação transnacional, seja por causa da crescente concessão de espaços a governos locais e regionais, e a organizações não-governamentais, por parte dos organismos multilaterais, na expectativa de obter maior legitimidade. Embora formalmente continue sendo produzido pelos Estados-nação, sob a forma de acordos, convenções e tratados, com o fenômeno da transnacionalização dos mercados, suas normas cada vez mais vão sendo interpenetradas pela *Lex Mercatoria* e pelo *Direito da Produção*. Como consequência, o caráter “público” do Direito Internacional acaba sendo progressivamente relativizado ou mesmo desfigurado, na medida em que muitos de seus dispositivos atendem e tutelam interesses específicos, de natureza privada, revestidos da forma pública. Paralelamente, as experiências de integração regional vão abrindo caminho para o surgimento de um sistema normativo novo, autônomo, distinto e superior às ordens jurídicas dos Estados – o *Direito Comunitário*.

Ao contrário do Direito Internacional Público, formalmente resultante de negociações intergovernamentais, voltado à coordenação das soberanias e baseado na regra do consentimento, o Direito Comunitário se expande com o surgimento e adensamento das zonas de preferência tarifária, zonas de livre comércio, união aduaneira e união monetária. Ao servir de base legal para a institucionalização de “mercados comuns”, onde circulam livremente bens, serviços, capitais e pessoas, esse direito tem como uma de suas características fundamentais a supracionalidade. Além de seus efeitos especificamente econômicos, o Direito Comunitário, que não se confunde nem com o direito interno dos Estados-nação nem com o Direito Internacional Público convencional, tem igualmente profundas implicações políticas e sociais. Forjado a partir das necessidades dos processos de constituição de mercados comuns e blocos econômicos, o Direito Comunitário tende a ser muito mais complexo, flexível, maleável e aberto do que o direito interno e o Direito Internacional.

Sétima tendência

A **sétima tendência** é de aumento no ritmo de regressão dos direitos sociais e dos direitos humanos. Como estes últimos nasceram contra o Estado, para coibir sua interferência arbitrária na esfera individual, e como as garantias fundamentais somente conseguem ser instrumentalizadas de modo eficaz por meio do próprio poder público. Do ponto de vista jurídico-positivo, os direitos humanos correm o risco de acabar sendo enfraquecidos na mesma proporção e velocidade em que esse poder for comprometido pela relativização da soberania do Estado. O mesmo acontece com os direitos sociais (SANTOS, 1995). Concebidos para se concretizar basicamente por meio de políticas governamentais de caráter distributivo, eles também têm sido mortalmente atingidos pelos processos de desformalização, desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, pela abdicação de determinadas funções públicas do Estado mediante o avanço dos programas de privatização e pelo crescente condicionamento de todas as esferas da vida pelos valores e regras do mercado. Os princípios básicos inerentes aos direitos humanos e sociais – liberdade, dignidade, igualdade e solidariedade, por exemplo – estão levando a pior na colisão frontal com os imperativos categóricos da economia globalizada, como a produtividade e a competitividade levadas ao extremo. Com isso, os “excluídos” no plano econômico convertem-se também nos “sem-direitos” no plano jurídico, não mais parecendo como portadores de direitos subjetivos públicos.

Oitava tendência

Associada à anterior, na medida em que os “sem-direito” jamais são dispensados das obrigações e responsabilidades estabelecidas pela ordem jurídica, a **oitava tendência** é a de uma

transformação paradigmática do direito penal. Como a produtividade na economia globalizada vem sendo obtida às custas da degradação salarial, da rotatividade no emprego, do aviltamento das relações trabalhistas, da informatização da produção e do subsequente fechamento dos postos convencionais de trabalho, a sinergia entre a marginalidade econômica e a marginalidade social tem levado o Estado a reformular seus esquemas de controle e prevenção dos delitos, a esvaziar o processo penal de suas feições garantistas e a incorporar, no âmbito das políticas penais, os problemas e as situações criadas tanto pela deslegalização e desconstitucionalização dos direitos sociais quanto pela ausência de políticas distributivas e compensatórias.

Criminalizando esses problemas e essas situações com o apoio difuso de uma sociedade assustada com o aumento da insegurança e por um sentimento de modo vocalizado demagogicamente pela mídia, e também agindo sob pressão dos países centrais empenhados em declarar “guerra aberta” ao tráfico de drogas nos países periféricos, cada vez mais o Estado amplia o caráter punitivo-repressivo das normas penais, desconsiderando os fatores políticos, socioeconômicos e culturais inerentes nos comportamentos por elas definidos como transgressores.

O objetivo é torná-las mais abrangentes e severas para, quase sempre sob o pretexto de ampliar a eficiência no combate ao crime organizado, ao narcotráfico, às fraudes financeiras, às demais fases de corrupção, ao terrorismo e às operações de lavagem de dinheiro obtido ilicitamente, disseminar o medo e o conformismo no seu público-alvo – os excluídos (ADORNO, 1996).

Por isso, enquanto nos demais ramos do direito positivo vive-se um período de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, no direito penal verifica-se o inverso. Ou seja: a definição de tipos de delito cada vez mais intangíveis e abstratos; a criminalização de várias atividades e comportamentos em inúmeros setores da vida social; a eliminação dos marcos mínimos e máximos na imposição das penas de privação de liberdade, para aumentá-las indiscriminadamente; a relativização dos princípios da legalidade e da tipicidade, mediante a utilização de regras com conceitos deliberadamente indeterminados, vagos e ambíguos, ampliando extraordinariamente a discricionariedade das autoridades policiais e com isso lhes permitindo invadir esferas de responsabilidade do Judiciário; por fim, a redução de determinadas garantias processuais, mediante a substituição de procedimentos acusatórios por mecanismos inquisitórios, da qual o melhor exemplo é a inversão do ônus da prova, passando-se a considerar culpado quem não provar sua inocência.

Quanto à dúvida acima mencionada, ela diz respeito ao alcance do pluralismo jurídico aqui descrito de modo bastante esquemático.

Com o estilhaçamento dos espaços políticos e sociais anteriormente unidos pelos mecanismos coercitivos das instituições estatais, a redução do tamanho e do alcance do direito positivo, a paralela expansão do Direito Internacional, a emergência do Direito da Integração Regional ou “Comunitário”, o ressurgimento da *Lex Mercatoria*, a proliferação de normas técnicas produzidas por organismos multilaterais e a normatividade autoproduzida em guetos quarto-mundializados, como a hoje vigente nos morros do Rio de Janeiro, nas favelas de Lima ou na periferia miserável de Bogotá, a ordem jurídica contemporânea encontra-se inexoravelmente fragmentada em diferentes sistemas normativos independentes e, por vezes, colidentes entre si? Ou, pelo contrário, existe entre eles a possibilidade de algum tipo de sincronia?

Neste caso, como ocorre o enlace ou engate entre eles?

Pondo-se a questão em outros termos, esses sistemas são autônomos em termos absolutos, cada um sendo eficaz no espaço que é capaz de jurisdicionar e regular?

Ou será possível esperar o aparecimento de um “direito dos direitos”, com normas de reconhecimento, mudança e adjudicação capazes de promover algum tipo de ligação lógica e sistêmica entre eles?

Neste caso, em que termos podem ser formulados princípios jurídicos capazes de assegurar um mínimo de coerência a esse cenário de pluralismo normativo?

Diante dessas indagações, o problema é saber se podemos continuar agindo e pensando com base nos paradigmas de inspiração romanística que sempre foram hegemônicos nos cursos jurídicos de países como Itália, Portugal e Espanha e os de praticamente toda a América Latina. As crescentes dificuldades desses cursos para acompanhar a evolução da complexidade social, econômica, política e cultural e as próprias mudanças dos sistemas legais induzem, a meu ver, a uma resposta negativa. Todavia, isso nos conduz a uma outra discussão tão complexa e escorregadia como a aqui travada.

Referências

ADORNO, Sérgio. *A gestão urbana do medo e da insegurança: violência, crime e justiça penal na sociedade brasileira contemporânea*. Trabalho apresentado como requisito para a obtenção do grau de livre-docência. São Paulo: FFLCH/USP, 1996.

BENDIX, Reinhard. *Nation-Building and Citizenship: studies of our changing social order*. Berkeley: University of California Press, 1977.

CHEVALIER, Jacques. Les enjeux de la dérèglementation. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, v. 103, n. 2, 1987.

JESSOP, Bob. *Regulationist and Autopoietic Reflections on Polanyi's Account of Market Economies an the Market Society*. Lancaster: Lancaster University, Department of Sociology, 2003.

SANTOS, Boaventura. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. Porto: Afrontamento, 1994.

_____. *Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*. London-New York: Routledge, 1995.

SCHOLTE, J. A. *Globalisation and Governance: from statism to polycentrism*. Coventry: University of Warwick, 2004. (Centre for the Study of Globalisation and Regionalisation).

TEUBNER, Gunther. *Global law without state*. Ardershot: Ardmouth, 1997.

WILLKE, Helmut. The tragedy of the State: prolegomena to a theory of State in polycentric society. *ARSP – Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Stuttgart, v. LXXXII, 1986.