

DIREITO, DEMOCRACIA E GLOBALIZAÇÃO: ALGUNS APONTAMENTOS À LUZ DA TEORIA DE JURGÜEN HABERMAS

LAW, DEMOCRACY AND GLOBALIZATION: SOME NOTES IN THE LIGHT OF JÜRGEN HABERMAS' THEORY

Nelson Camatta Moreira¹

RESUMO: Relacionando-se Estado e Direito, constrói-se a compreensão dos direitos fundamentais como “garantias” dos homens, individual ou socialmente, reivindicados como instrumentos de construção de novos sentidos para o Direito. Contudo, para se desfrutar das potencialidades transformadoras dos direitos fundamentais, é necessário que se reconheçam a democracia, a cidadania e a soberania para além dos dogmas modernos. Assim, para se discutir esses assuntos, o presente artigo é apresentado em quatro capítulos: no primeiro traça-se um diagnóstico do Estado e Direito modernos; no segundo, aborda-se o processo de positivação dos direitos humanos; no terceiro, apresenta-se um diagnóstico crítico à luz da teoria habermasiana; no fim (quarto capítulo), discute-se a legitimação dos direitos humanos no complexo cenário globalizado de crises do Estado e do Direito contemporâneos.

PALAVRAS-CHAVE: Crises do Estado e do Direito; Legitimação dos Direitos Humanos; Globalização; Democracia; Habermas.

ABSTRACT: Linking State and Law, one constructs the comprehension of the fundamentals rights as “warranties” of the men., individual or socially, claimed as contructions’ tools of new signification for the Law. However, to one takes advantage of the transforming potencialities of the fundamentals rights, it is necessary that one recognises the democracy, the citizenship and and the sovereignty for further then the moderns dogmas. Thus, to one discuss these topics, this article is presented in four chapters: in the first one, one traces a diagnosis of the State and modern rights; in the second, one approaches the human rights positivação process; in the third, one presents a critical diagnosis to the light of habermasiana theory; int the end (forth chapter), one discusses the legitimazom of the human right in the complex globalized scenery of crisis in the contemporaneous State and Law.

KEY-WORDS: State and Law Crisis; Human Rights Legitimation; Globalization; Democracy; Habermas.

SUMÁRIO: Introdução – 1. O Estatismo jurídico na modernidade – 1.1 As transformações do Estado na modernidade – 1.2 O direito forjado pela racionalidade moderna – 2. A normatização dos direitos humanos – 3. Críticas Habermasianas – 4. Democracia, legitimação dos direitos humanos e resgate ético do direito – Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Abordar a legitimidade dos direitos humanos hodiernamente consiste numa tarefa das mais árduas dentre aquelas que integram o universo de pesquisa das ciências sociais. No

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, com estágio de doutoramento na Universidade de Coimbra; Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV; Professor da Graduação em Direito e do Mestrado em Sociologia Política da Universidade Vila Velha – UVV; e Advogado. E-mail: nelsoncmoreira@hotmail.com.

campo jurídico, que, para tal estudo, deve necessariamente ser relacionado com a política e ambos lidos por meio de uma lente filosófica, a abordagem acerca da legitimidade dos direitos humanos requer uma cuidadosa delimitação temática, sob pena de se ver um texto divagar prolixamente sobre um assunto tal qual um barco em alto mar *sem rumo e sem vela*.

Em face disso, busca-se na presente texto um enfoque bem delimitado no que tange a discussão em torno dos direitos humanos e a sua relação com a democracia num mundo marcado pelo fenômeno da globalização.

Com o processo de globalização econômica, a universalização dos direitos humanos assume uma importância simbólica nunca antes imaginada na trajetória da modernidade. Nesse sentido, este artigo tem por intento, correlacionar o debate que envolve os direitos humanos e o Estado, pois, como afirma José Antonio López García, “(...) una buena manera de estudiar los Derechos Humanos, al menos desde el siglo XIX hasta nuestros días, consiste en verlos en conexión con la historia de Estado Moderno.”²

Contudo, face à crise multifacetada que atinge esta que é a maior instituição da Modernidade - o Estado – e à crise do modelo jurídico, os direitos humanos, em especial os fundamentais (que são aqueles previstos em Constituições e Tratados Internacionais), acabam por sofrer impactos que vão desde a contestação da legitimidade até a constatação da falta de concretização no plano fático.

Constatando-se o problemático cenário de discussão dos direitos fundamentais na modernidade, a hipótese da pesquisa, ora materializada nesta monografia, gravita em torno da necessidade de uma (re)visão de algumas concepções estruturais básicas que, não obstante tantas transformações (locais, nacionais, regionais, globais), ainda seguem arraigadas aos dogmas forjados em períodos ultrapassados da história. Assim, assuntos como soberania, democracia e cidadania serão alguns dos principais *símbolos* revisitados no texto subsequente.

Assumindo-se essa jornada, num primeiro momento, traça-se um diagnóstico das transformações e dos perfis assumidos pelo Estado e pelo Direito para, em seguida, se

² GARCÍA, José Antonio; REAL, J. Alberto del. *Los Derechos: entre la ética, el poder y el derecho*. Madrid: Dykinson, 2000. p. 26.

alcançar a noção do reconhecimento e do papel dos direitos fundamentais, na modernidade. Posteriormente, alcança-se algumas críticas da situação do Estado e do Direito na modernidade, com base, especialmente, nas idéias de Habermas. Num último momento, o texto tenta oferecer contributos para uma (re)discussão acerca do papel dos direitos humanos na contemporaneidade, bem como da sua relação com a democracia contando, para tanto, com algumas idéias de Claude Lefort.

No caminho que se segue, portanto, procurar-se-á focar a temática dentro de uma visão hermenêutica emancipatória do Direito, na qual se entende o ser humano como centro de sua teoria e atuação. Não aquele homem abstrato de uma razão universal, mas o homem que se reconhece em sua faticidade, sua historicidade e se vê inserido numa tradição.³ “Um homem que luta e sofre e que é sujeito, fundamentalmente, não porque se identifica com os discursos do ‘centro’ da cultura (...), mas um homem da periferia, que é sujeito mesmo conhecido como ‘outro’.” Tudo isso em face do momento atual em que se tem “(...) em vista a possibilidade de instauração de um paradigma de Direito em que o sujeito nuclear possa vir a ser o ‘mercado’”.⁴

1 – O ESTATISMO JURÍDICO⁵ NA MODERNIDADE

1.1 As transformações do Estado na modernidade: a afirmação do positivismo desde ascensão do Estado Liberal

Na Idade Média, a fé religiosa desempenhou grande papel para a manutenção do regime feudal, na medida em que funcionava como um instrumento de unificação ideológica. Todavia, esse meio de unificação não pôde ser mantido no mundo moderno. Na modernidade, a razão substitui a fé. Neste mundo novo mais complexo, com insipiente produção industrial, com introdução incoativa da ciência no processo produtivo, as “verdades de razão” produzem um deslumbramento que converte a capacidade de pensamento abstrato e a dedutividade em

³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. Revisão da Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004.

⁴ SHIER, Paulo Ricardo. *Filragem Constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1999, p.14.

⁵ Cf. WEBER, Max. “Os três tipos puros de dominação legítima”, p. 128-41. In: COHN, Gabriel (org.). *Max Weber - Sociologia*. 7. ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 128-31. Cf. também, SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

autoridade intelectual e moral suprema.⁶ Mas a razão predominante não é universal nem tampouco dialética, como mostra Ramón Capella:

Ante o altar da *razão* – nunca ficará de todo claro que se trata só de *uma* razão, da *razão burguesa*, abstrata e calculista; da *lógica* da produção capitalista – tudo será sacrificado: de uma parte, as crenças do passado, os mitos da época *infantil* da humanidade; de outra, tudo o que signifique uma pedra nas botas de sete léguas do capitalismo moderno.⁷

Dessa maneira, na modernidade, o modelo de racionalidade predominante é o ditado pelo Estado que, enquanto instituição centralizada, em sua primeira versão absolutista⁸, foi fundamental para os propósitos da burguesia no nascedouro do capitalismo, quando essa, por razões econômicas, “abriu mão” do poder político, delegando-o ao Soberano, caracterizando-se *mutatis mtutandis*, aquilo que Hobbes sustentou no *Leviatã*⁹. Essa noção de *Soberania*¹⁰ é de suma importância para o projeto de construção do Estado moderno na medida em que pautará, com as devidas alterações ao longo da história, o controle social por meio do monopólio da produção jurídica. O Estado moderno pode ser convencionalmente apontado como aquele Estado no qual aparece unificado um centro de tomada de decisões,

⁶ RAMÓN CAPELLA, Juan. *Fruto Proibido: Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado*. Traduzido por Gresiela N. da Rosa e Lédio R. de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 93-101.

⁷ Idem, p. 101. (grifos do autor)

⁸ O Estado moderno, em sua primeira versão, Absolutista, distinguia-se do modelo feudalista preponderante até então na Europa Ocidental, por três elementos principais: “Em primeiro lugar, institui-se uma separação entre uma esfera pública, dominada pela racionalidade burocrática do Estado, e uma esfera privada sob o domínio dos interesses pessoais. Em segundo lugar, o Estado Moderno dissocia o poderio político (poder de dominação legítima legal-racional) do poderio econômico (posse dos meios de produção e de subsistência), que se encontram reunidos no sistema feudal. E, para terminar, o Estado Moderno realiza uma estrita separação entre as funções administrativas e políticas, tornando-se autônomo da sociedade cível.” ROTH, André-Noël. “Direito em crise: fim do Estado Moderno?”, p. 15-27. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 15-27.

⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Traduzido por João Paulo Monteiro e Maria B. N. da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000, cap. XVIII. (Coleção “Os Pensadores”)

¹⁰ “Trata-se do conceito político-jurídico que possibilita ao Estado moderno, mediante sua lógica absolutista interna, impor-se à organização medieval de poder (...), em decorrência de uma notável necessidade de unificação e concentração de poder, cuja finalidade seria reunir numa única instância o monopólio da força num determinado território e sobre uma determinada população, e, com isso, realizar no Estado máxima unidade e coesão política. *O termo soberania se torna, assim, o ponto de referência necessário para teorias políticas e jurídicas muitas vezes bastante diferentes, de acordo com as diferentes situações históricas, bem como a base de estruturas estatais muitas vezes bastante diversas, segundo a maior ou menor resistência da herança medieval; mas é constante o esforço por conciliar o poder supremo de fato com o de direito.*” MATTEUCCI, Nicola. “Soberania”, p. 1179-88. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. Traduzido por João Ferreira. 5. ed. Brasília: UNB, 2000, p. 1179-88. (grifou-se). É de suma importância registrar que o papel desempenhado simbolicamente por esse poder político-jurídico será retomado mais à frente, por ocasião da (re)discussão sobre o Estado e os Direitos fundamentais na modernidade.

caracterizado pelo poder soberano incontestável sobre um determinado espaço geográfico – território.¹¹

Entretanto, na virada do século XVIII, a classe burguesa não mais se contentava em ter o poder econômico; queria sim, agora, tomar para si o poder político, até então, privilégio da aristocracia. A monarquia que outrora favorecera consideravelmente os interesses da burguesia nascente, mormente na área econômica, já não mais atendia aos anseios dessa classe ascendente, gerados pela extraordinária expansão capitalista da primeira idade do Estado moderno e, não obstante as manobras políticas para atender a tais reivindicações, sucumbe diante das novas forças sociais populares capitaneadas pela burguesia. Com isso, no cenário da França do século XVIII, marcadamente em 1789, a burguesia inaugura o seu poder político como classe.¹²

No plano político-jurídico, portanto, a fase do Estado liberal, já delineada anteriormente, encontra seu marco histórico inicial na ascensão do *terceiro estado*, na Revolução burguesa de 1789, fortemente influenciada por Rousseau, cuja idéia de emanção de poder pelo povo e para o povo foi extremamente importante para a coerência do pensamento liberal burguês da época, preconizado nas idéias de Montesquieu e Beccaria. Nesse viés, cabe frisar que a doutrina do contrato social tornou-se um importante componente teórico para os revolucionários de então. A reivindicação de uma Constituição embasava-se, exatamente, na tese de que o contrato social encontrava sua explicitação na Constituição.¹³

Assim, Paulo Bonavides ensina:

Todas essas reflexões acerca do comportamento burguês que afixou ao *terceiro estado* o poder político, sobreleva de imediato a conclusão válida desta verdade histórica: onde quer que se inaugure no Ocidente o momento de limitação constitucional da autoridade, daí por diante se há de contar licitamente a formação do Estado burguês, liberal-democrático.¹⁴

¹¹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 96.

¹² Idem, p. 46-9.

¹³ Idem, ibidem.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 75.

Na forma liberal burguesa de Estado, o direito passa a ser, por meio da burocracia estatal moderna, submetido à lei. Tal constatação encontra reforço nas palavras de Barretto, que entende que o “Direito do Estado liberal, concebido no contexto do contratualismo e centrado na propriedade, fechou-se no chamado império da lei e no formalismo jurídico abstrato (...)”.¹⁵

Destarte, sob a ótica weberiana, a teoria política alcança o seu ponto alto recusando a idéia de finalidade da política ou do Estado¹⁶, contrariando a noção difundida pelo pensamento clássico, na qual a comunidade política tem uma finalidade específica – o bem comum –, que consiste no conjunto de condições materiais e morais que permite a cada um dos seus membros alcançar o seu *telos*.¹⁷

A burocracia e o Estado modernos, como esclarece Weber, advêm do processo de racionalização. A idéia de racionalização na administração, no direito e na política significa que os processos e as atividades que ocorrem nessas esferas da vida social foram submetidos à lei. Daí Weber intitular o tipo de dominação exercida no âmbito do Estado moderno “dominação legal” ou “dominação racional-legal”, uma vez que todo poder, na sua titularidade e no seu exercício, está fundado em uma lei.¹⁸

Em síntese, tem-se que o Estado moderno de tipo liberal se caracteriza como um Estado pouco interventor, sendo apenas um garantidor da segurança e da liberdade individual. Cumpre esta tarefa graças à monopolização dos meios de violência física (exército e polícia) e do poder judiciário (direito e justiça). E o direito, nesta perspectiva, destina-se à proteção dos indivíduos contra a pretensão de interferência do Estado em sua vida privada. Seu projeto é o

¹⁵ BARRETTO, Vicente de Paulo. “Reflexões sobre Direitos Sociais”. Separata do *Boletim de Ciências Econômicas*. Coimbra, 2003, p. 6-7.

¹⁶ WEBER, Max. “El Estado racional como asociación de domínio institucional com el monopolio del poder legítimo”, p. 1056-60. In *Economía y Sociedad*. Traduzido por José M. Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

¹⁷ Cf. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção “Os Pensadores”)

¹⁸ Cf. WEBER, Max. “Os três tipos puros de dominação legítima”, p. 128-41.

de garantir a livre circulação de idéias, das pessoas e dos bens, e acabar com a arbitrariedade. Tornam-se necessárias, por isso mesmo, regras gerais, abstratas e previsíveis.¹⁹

Todavia, a partir do século XIX, percebe-se uma mudança de rumos e de conteúdos do Estado liberal, quando esse passa a assumir tarefas positivas de prestações públicas a serem asseguradas ao cidadão como direitos peculiares à cidadania, ou a agir como ator privilegiado no jogo sócioeconômico. A gradativa transformação ocorre a partir das idéias liberais e dos movimentos de partidos liberais, que provocaram guinadas estruturais econômicas, políticas e sociais na Europa, impactando drasticamente a comunidade internacional: terminaram a escravidão e as incapacidades religiosas; garantiram-se a tolerância, a liberdade de imprensa, de manifestação e de associação; a educação foi estendida; o direito de voto ampliou-se – universalizou-se – até as mulheres; elaborações constitucionais limitando e responsabilizando os governos foram escritas. Por fim, no campo das liberdades, já nas décadas finais do século XIX, um novo componente emerge, a *justiça social*, e reivindicações igualitárias transformam as suas faces, fazendo iniciar a construção do modelo do Estado do bem-estar ou *Welfare State* e a consolidação das chamadas liberdades positivas.²⁰

O Estado social (ou providência) se desenvolveu, então, na raiz da Revolução Industrial. A redução da capacidade auto-reguladora da sociedade civil necessitou da intervenção do Estado na regulação da “questão social” (seguros, direito do trabalho, etc.) e da economia (política monetária, proteções contra a competição, etc.). O Estado social passou a ter, então, a missão de favorecer o crescimento econômico do país e a proteção social dos indivíduos, convertendo-se num instrumento de transformação e de regulação sociais.²¹ “Na terminologia de Weber, o Estado moderno passou de uma associação ordenada (ideal do

¹⁹ ROTH, André-Noël. “Direito em crise: fim do Estado Moderno?”, p. 15-27. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*, p. 19-20.

²⁰ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, p. 59.

²¹ É importante notar que a implementação e o desenvolvimento aconteceu de forma diferenciada entre os países (como, por exemplo, entre os Estados Unidos e a França ou os países Nórdicos), podendo-se, todavia, “entender que há características que lhe dão unidade, a intervenção do Estado, a promoção de prestações públicas e o caráter finalístico ligado ao cumprimento de sua *função social*”. MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 24-5.

Estado liberal) para uma associação reguladora (O Estado social de direito). Habermas fala de capitalismo organizado pelo Estado.”²²

Esse é o modelo de Estado que predominará no século XX, principalmente até o início da década de 80, quando, então, devido às transformações econômicas e tecnológicas, associadas às próprias posturas políticas (“neo-liberais”) assumidas por alguns países, se verificam fortes transformações em tal modelo, refletindo nas concepções acerca dos direitos fundamentais.

1.2 O direito forjado pela racionalidade moderna

Considerando-se a função reguladora assumida pelo Estado moderno, o direito - como ordem jurídica (im)posta - acaba se tornando sinônimo de lei, que, por sua vez, passa a ser considerada simplesmente um comando do soberano. Ela é identificada como jurídica pela sua origem, e não pelo conteúdo. Ou seja, ela pode ser “justa” ou “injusta” sem que isso afete a sua qualificação jurídica. Daí a noção weberiana de que, no positivismo jurídico, qualquer direito pode criar-se e modificar-se por meio de um estatuto sancionado corretamente quanto à forma.²³ Assim,

Um sistema de regras é formal na medida em que permite que seus intérpretes, oficiais ou não, justifiquem as suas decisões mediante referência às próprias regras e à presença ou ausência dos fatos enumerados pelas regras, sem consideração de quaisquer argumentos de justiça ou utilidade.²⁴

Habermas, analisando Weber, aduz, então, que o Direito passa a ser, precisamente, aquilo que um legislador político (independente de ele ser ou não, democraticamente, legitimado) delibera como direito, de acordo com um procedimento legalmente institucionalizado.²⁵

²² ROTH, André-Noël. “Direito em crise: fim do Estado Moderno?”, p. 17.

²³ Idem, *Ibidem*.

²⁴ UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito na Sociedade Moderna: Contribuição à Crítica da Teoria Social*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979, p. 214.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. Traduzido por Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992, p. 14.

O positivismo, nessa fase, parte das leis ou, subsidiariamente, de outras tantas normas sociais da ordem estatuída numa espécie de hierarquia que culmina em ordenamento único, pleno, hermético e consagrado sob a égide estatal. As raízes sociais, a dinâmica dos grupos e das classes, ou não entram em linha de conta, ou ficam atadas e limitadas, pois, em todo caso, prevalece a voz do Estado. Nessa perspectiva, o direito não existe antes do Estado e não paira acima dele.²⁶

Em Kelsen²⁷, já no século XX, esse modelo liberal-positivista vai encontrar a sua proposta mais avançada, na medida em que se concebe que o direito deve ser definido como norma que, por sua vez, constitui-se no objeto da ciência do direito. Para esta, o estudo da lei deve se dar em “sua pureza”, separado de qualquer influência moral, sociológica, psicológica, ou filosófica. O neopositivismo lógico kelseniano²⁸ nasce, no campo jurídico, do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada *ciência* que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas e naturais.

Na busca pela segurança e previsibilidade nas relações sociais, conceitua-se o fenômeno jurídico em relação à moral e à política de maneira “autônoma”, recusando-se a justiça e a eficácia como critérios de juridicidade, de modo que o positivismo deverá elaborar o seu próprio critério do que é jurídico. Esse será a “validade”.²⁹

Destarte, no âmbito da interpretação e da aplicação da norma jurídica, as possibilidades de discussões acerca da justiça ou da ética são expurgadas na medida em que a tarefa do jurista, em especial do juiz, consiste na mera aplicação da lei ao caso concreto. Não se discutem, portanto, requisitos éticos de validade da lei ou, mesmo, a justiça no caso concreto. Sobre isso, Bobbio afirma:

²⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 152.

²⁷ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Traduzido por João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984.

²⁸ Segundo Leonel Severo Rocha, Kelsen pode ser considerado um neopositivista, “pois postula uma ciência do Direito alicerçada em proposições normativas que descrevem sistematicamente o objeto do Direito. Trata-se de uma metateoria do Direito, que, ao contrário do positivismo legalista dominante na tradição jurídica (que confunde lei e direito), propõe uma ciência do Direito como uma metalinguagem distinta de seu objeto.” Cf. ROCHA, Leonel Severo. “Três matrizes teóricas do direito”. In: *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2. ed. São Leopoldo: EdUnisinos, 2003. p. 96.

²⁹ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*, p. 19-20. Cf. também UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito na Sociedade Moderna*. p. 213-31.

A *validade* de uma norma jurídica indica a qualidade de tal norma, segundo a qual existe na esfera do direito ou, em outros termos, existe como norma jurídica. Dizer que uma norma jurídica é válida significa dizer que tal norma faz parte de um ordenamento jurídico real, efetivamente existente numa dada sociedade.³⁰

Dentre os mitos compartilhados pelo positivismo jurídico, os mais aceitos e consolidados são os dogmas da coerência, da completude e da unidade do ordenamento jurídico, vetores para a consolidação dos propósitos da segurança e certeza jurídicas exigidos pela sociedade de mercado. O direito positivo é pressuposto como auto-suficiente, preciso e claro; nele todos os conflitos e fatos ocorrentes no mundo da vida encontram a possibilidade de um enquadramento lógico-dedutivo.

Quanto à atividade interpretativa, tanto em seu momento teórico quanto decisório, seria uma atividade dedutiva, que revelaria caminhos lógicos tendentes a explicitar a racionalidade profunda do sistema de direito positivo. “Criam, pois, uma ilusão, ou uma aparência de realidade, em relação a duas afirmações fictícias: a de que a ordem jurídica oferece segurança e, depois, que o legislador é sempre racional em suas determinações e prescrições”.³¹

Todavia, deve-se registrar que esse modelo liberal-individualista-normativista³² sofreu algumas alterações, no âmbito da teoria do direito, que *acompanharam as transformações estatais*. Na passagem do Estado liberal para o Estado social, dois tipos de influência imediata podem ser destacadas. O primeiro tipo refere-se a “rápida expansão do uso de normas ilimitadas e de cláusulas gerais na legislação, administração e jurisdição”, como se pode identificar na reaproximação entre Estado e Sociedade (garantias de direito sociais, interferência mais intensa do estado na economia, etc.). O segundo tipo de impacto do Estado social sobre o direito é a “transição de estilos de raciocínio legais formalistas para

³⁰ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico contemporâneo*: lições de filosofia do direito, p. 136-7. Nesse sentido, a escravidão poderá ser considerada um instituto jurídico como qualquer outro, mesmo que dela se possa dar uma valoração negativa. É que, para o juspositivista, o Direito é definido como uma simples técnica; como tal pode servir à realização de qualquer propósito ou valor, porém é, em si, independente de todo propósito e de todo valor. *Idem*, p. 136 e 142.

³¹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*: Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: SAFE, 1994. v. 1, p. 53.

³² Termo empregado por Lenio Luiz Streck como alusão ao modelo de racionalidade jurídica difundido a partir do movimento liberal europeu do século XVIII. Cf. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 63-4.

estilos teleológicos ou prudenciais, da preocupação com a justiça formal para um interesse na justiça processual e substantiva”.³³

O Estado Social identificado a partir do século XIX trouxe, principalmente em países como, por exemplo, Alemanha e México, uma proposta de (re)discussão do direito no qual prevaleceria o raciocínio jurídico teleológico e as preocupações com a justiça distributiva. Com isso, “o estilo do discurso jurídico passa a se assemelhar ao do argumento comum da política ou da economia. Todos se caracterizam pelo predomínio do racionalismo instrumental sobre outras formas de pensamento.”³⁴

Mas, apesar dessas propostas, a maneira de se operacionalizar o direito no convívio social ou, dito de outra forma, o *modo de produção do direito*³⁵ segue influenciado preponderantemente pelo modelo liberal-individual-normativista, o que, por sua vez, acaba gerando - juntamente com outros fatores, como, por exemplo, a globalização e seus efeitos deletérios - uma dificuldade de efetivação dos direitos humanos em sua plenitude *polidimensional* (direitos civis, políticos, econômicos, sociais, comunicacionais, dentre outros).

O que se verificou ao longo da modernidade, principalmente no século XX, foi uma espécie de “vitória” de ideologias forjadas sob discursos formalistas³⁶ sobre dois dos principais ideais do Estado social, quais sejam a *equidade* e a *solidariedade*.

Dizia Orwell,

³³ UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito na Sociedade Moderna*. p. 204.

³⁴ Idem, p. 209.

³⁵ Segundo Dezalay e Trubek, o *modo de produção do direito* inclui: “a) o modo com que a profissão jurídica e a prestação de seus serviços são organizadas; b) a localização de papéis entre as várias posições no campo jurídico (praticantes, aplicadores da lei, acadêmicos, etc.); c) o modo com que o campo produz o *habitus*, incluindo variações na educação e a importância das vantagens sociais (antecedentes e relações pessoais) para recrutamento no campo; d) as modalidades para a articulação da doutrina preponderante e os modos com que estas incidem em relações entre jogadores e posições; e) o papel que os advogados, juntamente com os protagonistas globais e regimes transnacionais representam num dado campo jurídico; f) a relação entre regulação e proteção; g) o modo dominante de legitimação. DEZALAY, Ives; TRUBEK, David M. “A reestruturação global e o direito”, p. 29-80. In: FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*, p. 39-40.

³⁶ “A idéia de formalismo põe em relevo os motivos mais profundos que inspiram esta busca de governo sob a lei. Para o formalismo, o cerne do direito é um sistema de regras gerais, autônomas, públicas e positivas que limitam, ainda que não determinem inteiramente, aquilo que um indivíduo pode fazer como autoridade ou como pessoa privada.” UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito na Sociedade Moderna*: p. 213-14.

Enquanto escrevo, seres humanos altamente civilizados estão sobrevoando, tentando matar-me. Não sentem qualquer inimizade por mim como indivíduo, nem eu por eles. Estão apenas ‘cumprindo o seu dever’, como se diz. Na maioria, não tenho dúvida, são homens bondosos e cumpridores das leis, que na vida privada nunca sonhariam em cometer assassinato. Por outro lado, se um deles conseguir me fazer em pedaços com uma bomba bem lançada não vai dormir mal por causa disso. Está servindo ao seu país, que tem o poder de absolve-lo do mal.³⁷

O exemplo da Guerra moderna, em especial da Segunda, serve apenas para reforçar o panorama de predomínio da técnica e do formalismo que marcaram a racionalidade do século XX. Essa ideologia, paradoxalmente, acompanhou o processo de afirmação (e de negação) dos direitos fundamentais.

2 – A NORMATIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Do arcabouço teórico apresentado anteriormente, depreende-se, por hora, seguindo-se o objeto dessa pesquisa, a necessidade de se relacionar o reconhecimento dos direitos fundamentais com as transformações operadas no Estado e no direito modernos.

Antes de se adentrar especificamente na prefalada discussão, faz-se necessário o esclarecimento acerca da expressão direitos fundamentais, não obstante o fato de não ser o propósito desta monografia o aprofundamento sobre este assunto. Nesse sentido, assume relevância, previamente, a distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, que pode ser apresentada a partir da noção de concreção positiva, uma vez que o termo “direitos humanos” se revelou conceito mais amplo e impreciso que a noção de “direitos fundamentais”, de tal maneira que estes possuem contornos mais precisos e restritos, na medida em que podem ser reconhecidos como o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado. Os direitos fundamentais, portanto, nascem e se desenvolvem com as Constituições.³⁸

³⁷ ORWELL, George. Inglaterra, tua Inglaterra. Apud BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade e Holocausto*. Traduzido por Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

³⁸ Esta diferenciação baseia-se nos ensinamentos de Pérez Luño e é trabalhada na obra de Ingo Sarlet que, por sua vez, desenvolve um estudo analítico da fundamentalidade e da eficácia dos direitos humanos a partir da Constituição de 1988. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 34 e 37.

É importante ressaltar que - não obstante as variações terminológicas que aparecerão ao longo do texto, dependendo, inclusive, da visão do autor referenciado - a posição assumida, neste momento de delimitação normativa dos direitos humanos, nesta pesquisa coincide com a classificação de Ingo Sarlet, que, por sua vez, considera como direitos fundamentais aqueles formalmente expressos no texto constitucional ou materialmente previstos por ele, como é o caso dos tratados internacionais de direitos humanos (ou de direitos fundamentais) ratificados pelo Brasil.

A concepção contemporânea da positivação dos direitos humanos é impulsionada no cenário global com o advento do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH)³⁹ que, em resumo, funda-se na universalidade e na indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque a condição de pessoa há de ser reconhecida como o requisito único para a titularidade de direitos, afastada qualquer outra condição. Indivisibilidade devido aos direitos civis e políticos serem observados juntamente com os direitos sociais, econômicos e culturais, já que não há verdadeira liberdade sem igualdade e nem tampouco há esta sem aquela. Essa concepção, acolhida pela Declaração Universal de 1948, veio a ser endossada pela Declaração de Viena de 1993, que, em seu § 5º, consagrou que os ‘Direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase’.⁴⁰

Realizadas as devidas observações, parte-se, então, para a análise da relação entre os direitos fundamentais (direitos humanos positivados) e as transformações retro mencionadas. Para tanto, logo de início, frisa-se que os direitos fundamentais, na modernidade, estão intimamente imbricados com a atuação estatal, seja negativa (abstenseísta), seja positiva (promovedora).

Por se inspirarem, conforme se afirmou alhures, em Constituições e tratados internacionais, que, por sua vez, alimentam o chamado DIDH, com pretensões universalizantes, os direitos fundamentais acham-se intimamente ligados à idéia de Estado.

³⁹ A principal proposta do DIDH é, além de promover uma integração/interação com as ordens jurídicas internas dos Estados, expandir/estender as possibilidades de discussões e defesas dos direitos humanos assegurados normativamente nos documentos internacionais.

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. “A Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro”. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p. 226.

Por isso, remontando, mais uma vez, às origens do Estado de Direito (liberal), identifica-se o implemento do processo de positivação dos chamados direitos fundamentais do cidadão. Dessa assertiva, nota-se o pano de fundo a partir do qual se desenvolverão, nos séculos subseqüentes, as discussões acerca do reconhecimento e da concretização dos direitos fundamentais, quais sejam: a cidadania e a sua relação com o *ente soberano*, o Estado.

Nessa perspectiva, é importante registrar que a idéia de cidadania, na modernidade, assume um viés eminentemente político que não está necessariamente ligado a valores universais, mas a decisões advindas de um determinado ente político, ou seja, a decisões políticas. Assim,

Um determinado governo, por exemplo, pode modificar radicalmente as prioridades no que diz respeito aos deveres aos direitos do cidadão; pode modificar, por exemplo, o código penal alterando sanções; o código civil equiparando direitos entre homens e mulheres, o código de família no que diz respeito aos direitos e deveres dos cônjuges, na sociedade conjugal, em relação aos filhos, em relação um ao outro. Pode estabelecer deveres por um determinado período, por exemplo, àqueles relativos à prestação do serviço militar. Tudo isso diz respeito à cidadania.⁴¹

A cidadania, portanto, coincide com a condição de um indivíduo (cidadão) perante um determinado Estado. Todavia, não raras vezes, os direitos do cidadão, ou seja, os direitos reconhecidos aos membros de uma determinada sociedade por parte do Estado, coincidem com os direitos humanos, que, por sua vez, podem estar previstos em instrumentos normativos internacionais, como os tratados de direitos humanos, que servem para reforçar o rol de direitos fundamentais assegurados aos cidadãos. Isso ocorre geralmente em sociedades democráticas “e, em nenhuma hipótese, direitos ou deveres do cidadão podem ser invocados para justificar violação de direitos humanos fundamentais.”⁴²

Eis, portanto, uma aporia relacionada à questão da cidadania que, se levada ao extremismo de uma visão hermética, faz com que os direitos humanos, se entendidos apenas

⁴¹ SOARES, Maria Victoria de Mesquita Benevides. Cidadania e direitos Humanos. In Cadernos de Pesquisa (Fundação Carlos Chagas). *Direitos Humanos, Cidadania e Educação*, nº 104, 1998. p. 41.

⁴² Idem, Ibidem.

como os fundamentais (positivados) reconhecidos pelo Estado, sejam reduzidos a uma visão racional legalista sujeita a manipulações ideológicas autoritárias.⁴³

Em face disso, antes de se visualizar a abordagem acerca dos impactos (de)formadores dos direitos humanos na contemporaneidade, faz-se importante a abordagem acerca da legitimação destes, ou seja, como se insere, contemporaneamente, a discussão desses direitos entre a *facticidade* e a *validade*. Será importante uma (re)discussão dos direitos humanos à luz de argumentos jurídico-morais? Para se responder a essa questão, invocam-se, no presente artigo, alguns diagnósticos da teoria habermasiana capazes de considerar a complexidade que envolvem o Estado, a democracia e os direitos humanos, num mundo globalizado.

3 – CRÍTICAS HABERMASIANAS À LEGITIMAÇÃO⁴⁴ DOS ORDENAMENTOS QUE SE CARACTERIZAM PELA AUTORIDADE ESTATAL

Conforme visto anteriormente, “o positivismo aguçou a identificação entre *liberdade e lei*, apenas entrevista na obra de Kant, e acabou por transformar a legitimação em legalidade e por confundir legalidade com o império da lei formal.” E, conseqüentemente, pôde-se constatar que “a *segurança jurídica* esclerosou-se como segurança dos direitos individuais e perdeu a sua credibilidade no período de ascensão do Estado Social, que postulava a consideração da segurança social.”⁴⁵

Nas palavras de Habermas,

(...) as transformações do sistema jurídico, surgidas com o Estado Social, estremeceem a autocompreensão liberal do direito formal. Nesta medida, é possível

⁴³ Como exemplos podem-se citar as posturas assumidas por Estados totalitários como os assumidos por países como Alemanha e Itália, na primeira metade do século XX e os regimes ditatoriais predominantes na América latina da segunda metade do mesmo século.

⁴⁴ Não haverá no presente texto a preocupação semântica com a diferenciação entre os *legitimação* e *legitimidade*, da mesma maneira que Habermas também não o fez (v. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In MOREIRA, Luiz; MERLE, Jean-Christophe (orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. p. 67). Não obstante isso, vale a pena transcrever a diferença apresentada por Torres: “A *distinção entre legitimidade e legitimação*, em síntese, está em que aquela se apóia no consenso sobre a adequação entre o ordenamento positivo e os valores, enquanto a legitimação consiste no próprio processo de justificação da Constituição e dos seus princípios fundamentais”. TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 407.

⁴⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Op. Cit.*, p. 414.

falar, em sentido descritivo, de uma ‘materialização’ do direito. Para atribuir a esta expressão um sentido crítico, Max Weber estabeleceu duas relações esclarecedoras: a) a racionalidade do direito está fundamentada nas suas qualidades formais; b) a materialização configura uma moralização do direito, isto é, a introdução de pontos de vista da justiça material no direito positivo. Disso resultou a afirmação crítica, segundo a qual, o estabelecimento de um nexó interno entre direito e moral destrói a racionalidade que habita no *médium* do direito enquanto tal.⁴⁶

Em sua obra *Direito e Democracia*, Habermas reivindica a necessidade de se apresentar uma fundamentação transcendente da legalidade. Segundo o autor, “o equívoco fundamental da teoria decisionista legal, que se sujeita à *suspeita de ideológica*, é que a validade das normas legais poderiam fundamentar-se em decisões e apenas em decisões”⁴⁷, diferentemente disso a relação entre legalidade e legitimidade só pode ser compreensível em conexão com a moral, pois “a legalidade tem que extrair a sua legitimidade de uma racionalidade procedimental com teor moral. Esta racionalidade resulta de um entrelaçamento de dois tipos de ‘processos’ pois argumentações morais são institucionalizadas com o auxílio de meios jurídicos.”⁴⁸ Além disso, o autor de *Direito e Democracia*

recusa que a legitimação do direito implique apenas aceitação dos destinatários ou reconhecimento fático, posto que é reconhecimento para a legitimação de um ordenamento estatal constituído juridicamente, para o qual contribuem os fundamentos e construções públicas que passam a resgatar a pretensão de dignidade do reconhecimento, o que vai significar que os processos legislativo e judicial não legitimam por si sós a racionalidade jurídica, que depende sobretudo ‘do caráter discursivo da formação não-institucionalizada da opinião no espaço público político’.⁴⁹

Trata-se, portanto, de uma revisão da relação interna estabelecida entre teoria do direito e democracia, que não pode mais ser vista apenas como uma relação historicamente casual, mas sim como relação conceitual ou interna. A legitimação do direito não pode se bastar apenas num tipo eqüitativo de atribuição de autonomia de todas as pessoas de direito baseado num procedimento democrático estabelecido, a partir do qual um legislador onipotente estatui regras que, por sua vez, fundamentam um direito coercitivo assegurador da liberdade. O procedimento legalmente estabelecido, por si só, não é o suficiente para atribuir legitimidade aos direitos humanos, como se pretendeu numa perspectiva juspositivista

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II, p. 197.

⁴⁷ Idem. *A Crise de Legitimação do Capitalismo Tardio*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980, p. 129.

⁴⁸ Idem. *Direito e Democracia*, p. 197. (Grifou-se)

⁴⁹ TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In *Legitimação dos Direitos Humanos*. p. 419.

simplificadora. O formalismo do direito moderno exime-se “de qualquer ingerência direta que advenha de uma consciência moral remanescente e pós-tradicional”.⁵⁰

O direito racional apresenta dupla resposta às questões de legitimação: “por um lado, pela alusão ao *princípio da soberania popular*, e por outro lado, pela referência ao *domínio das leis*, garantido pelos direitos humanos.” O princípio da soberania popular assegura a autonomia pública dos cidadãos (direitos à comunicação e à participação), enquanto que os direitos fundamentais garantem a autonomia privada dos membros da sociedade civil. E “o direito legitima-se, dessa maneira, como um meio para o asseguramento equânime da autonomia pública e privada.”⁵¹

O direito, portanto, sustenta-se nesses dois pilares, quais sejam o exercício da soberania popular ao lado da garantia dos direitos fundamentais. Dessa maneira, esclarece Habermas,

A almejada coesão interna entre direitos humanos e soberania popular consiste assim em que a exigência de institucionalização jurídica de uma prática civil do uso público das liberdades comunicativas seja cumprida justamente por meio dos direitos humanos. Direitos Humanos que *possibilitam* o exercício da soberania popular não se podem impingir de fora, como uma restrição.⁵²

Outrossim, não pode ocorrer que um soberano seja encarregado de estabelecer, o direito definitivamente, de forma paternalista. É imprescindível que os destinatários do direito possam se ver também como seu autores. “E se o legislador constitucional democrático simplesmente encontrasse os direitos humanos como fatos morais previamente dados, para então positivá-los e nada mais, isso estaria em contradição com essa idéia.” Nesse sentido, Habermas se encaminha para a conclusão de que a validade normativa dos direitos humanos,

⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. Traduzido por Paulo A. Soethe. In *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 286-7. Sobre o dogma moderno da onipotência do legislador, cf.: MOREIRA, Nelson Camatta. O dogma da onipotência do legislador e o mito da vontade da lei: a “vontade geral” como pressuposto fundante do paradigma da interpretação da lei. In *Estudos Jurídicos: Revista da Unidade de Ciências Jurídicas da UNISINOS*. São Leopoldo (RS): UNISINOS, 2004. p. 57-79.

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. p. 290.

⁵² Idem. p. 292.

bem como o reconhecimento factual destes, interagem, não havendo, portanto a primazia da autonomia privada sobre a pública, e sim, como se afirmou, uma interação.⁵³

A legitimidade dos direitos humanos estaria, então, num ponto equânime entre a validade formal e o reconhecimento factual, que, por sua, vez se estabeleceria a partir de um discurso racional produzido a partir de um ambiente deliberativo democrático. Todavia, “essa coesão interna entre Estado de direito e democracia foi suficientemente encoberta pela concorrência dos paradigmas jurídicos dominantes até hoje.”⁵⁴ Isso ocorreu porque “o paradigma jurídico liberal conta com uma sociedade econômica que se institucionaliza por meio do direito privado (...) e que se coloca a mercê da ação espontânea de mecanismos de mercado.” Essa sociedade é moldada a partir de uma ideologia individualista, na qual se busca a realização dos projetos individuais de vida.. “Vincula-se a isso a expectativa normativa de que se possa alcançar a justiça social pela garantia de um *status* jurídico negativo como esse, ou seja, pela determinação de esferas individuais.” E foi justamente a partir de uma crítica a essa suposição que o Estado social se desenvolveu.⁵⁵ A contestação que se faz, conforme Habermas, é evidente:

se a liberdade do ‘poder ter e poder adquirir’ deve garantir justiça social, então é preciso haver uma igualdade do ‘poder juridicamente’. Com a crescente desigualdade das posições de poder econômico, patrimônios e condições sociais, porém, desestabilizam-se sempre mais os pressupostos factuais capazes de proporcionar que o uso das competências jurídicas distribuídas por igual ocorresse sob a efetiva igualdade de chances. Se o teor normativo da igualdade de direitos jamais chegou a se converter no inverso de si mesmo, não deixou de ser necessário, por um lado, especificar o conteúdo das normas vigentes do direito privado, nem, por outro lado, introduzir direitos fundamentais de cunho social que embasassem as reivindicações de uma distribuição mais justa da riqueza produzida em sociedade e de uma defesa mais efetiva contra os perigos produzidos socialmente.⁵⁶

Dito de outra forma, na doutrina *jusfilosófica* brasileira, Lenio Streck denuncia a presença ainda hoje de uma ideologia *liberal-individualista-normativista*⁵⁷ que, por sua vez, impede o despertar das discussões éticas no direito e, em especial, da aproximação direito-moral a fim de se fundamentar/legitimar o discurso e a concretização dos direitos humanos.

⁵³ HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. p. 293.

⁵⁴ Idem, p. 294.

⁵⁵ Idem, ibidem.

⁵⁶ Idem, ibidem.

⁵⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*

4 – DEMOCRACIA, LEGITIMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O RESGATE ÉTICO DO DIREITO

Questões envolvendo a ética com a política e o direito - a partir da segunda metade do século XX - tornaram-se objeto de investigação de juristas e filósofos do direito, no intento de superar o hermetismo positivista delimitado alhures. No âmbito jurídico dois fatores marcaram esse resgate ético: a expansão da proteção normativa internacional dos direitos humanos, no pós II Guerra, e a difusão de Constituições impregnadas de ideais democráticos, principalmente em países marcados pelo autoritarismo como foram, por exemplo, os casos de Portugal e Espanha, na Europa e o Brasil, juntamente com os demais países latino-americanos, todos na segunda metade do século XX. Esses dois fatores jurídicos (Tratados e Constituições), na verdade, são apenas espelhos das preocupações contemporâneas com fenômenos que vêm marcando um novo período do convívio humano - iniciado aproximadamente a partir da segunda metade do século XX e que ainda se encontra em aberto.

Tais fenômenos deveram-se ao reconhecimento de tormentosa complexidade das relações sociais, principalmente, a partir da segunda metade do século XX. Nesse período – que se encontra em aberto, não obstante o novo século –, o convívio humano foi abalado por diversos impactos, tais como: o avanço tecnológico em todas as áreas de conhecimento; a insurgência de novos valores e direitos que se tornaram parte integrante do receituário axiológico da democracia de massas; e, ainda, as transformações do processo político “permeável às condicionantes de uma nova ordem internacional que, longe de estabilizar o convívio das nações e melhorar a qualidade de vida dos povos do planeta, apresenta novos desafios e angústias para a humanidade.”⁵⁸

Tudo isso, com a presença de um ingrediente complexo que é a globalização, em suas diferentes feições, acaba levando

à perda de autonomia, com reflexos negativos na capacidade de ação democrática, sob a forma de: a) perda de competências de controle (ou seja de defesa do cidadão contra efeitos de ações de agentes externos, sejam empresas, outros governos ou

⁵⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. “O princípio da dignidade da pessoa humana nas Constituições abertas e democráticas”, p. 103-14. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *1988 – 1998: Uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 103.

organismos intergovernamentais); b) déficit de legitimação (pois o círculo dos que participam das decisões democráticas não corresponde aos afetados pelas decisões) e c) incapacidade de realizar políticas sociais com eficácia legitimadora (efeito da competição por capitais e da substituição do processo político de decisão pela dinâmica do mercado).⁵⁹

A perda de eticidade no direito, portanto, é reflexo da perda de eticidade das sociedades pós-convencionais, cujo principal efeito é o fato de que o mundo da vida tem sido “colonizado” mediante processos de “monetarização” e “burocratização”. O dinheiro e o poder constituem meios de controle que são independentes da linguagem que o geram, portanto, estruturas sociais isentas de conteúdo normativo ou prático-moral.⁶⁰

Atentos às insuficiências notadamente geradas ao longo da história dos direitos humanos, todos os que se preocupam com a política e o direito buscam discutir aqueles sob a orientação de um novo paradigma, voltado para a superação de um modelo positivista que ao longo da história se mostrou insuficiente. Esse novo paradigma não abre mão da presença do Estado, ainda como a mais importante das instituições modernas, todavia reconhece a necessidade de uma revisão dos pressupostos intersubjetivos de convivência sustentável, quais sejam: uma interação equânime entre Estado, democracia e direitos humanos.

Eis aí, então, a necessidade de se re-inserir a discussão ética no direito, pois essa discussão, assim chamada em virtude de estar vinculada à concepção da democracia como regime político que se fundamenta em valores morais da pessoa humana, permite que se incorpore à interpretação da lei no caso concreto as finalidades do regime democrático. O sentido da leitura do direito, em especial no que tange à aplicação de direitos humanos, torna-se ética na medida em que valores como liberdade, igualdade e fraternidade são encarados não

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. Eurocentrismo, Europa dos Mercados ou Europa dos Cidadãos (do Mundo). *Tempo Brasileiro*, jul-set, 1999.p. 38-39. Octávio Ianni, apresentando “metáforas da globalização”, comenta que “A fábrica global instala-se além de toda e qualquer fronteira, articulando capital, tecnologia, força de trabalho, divisão do trabalho social e outras forças produtivas. Acompanhada pela publicidade, a mídia impressa e eletrônica, a indústria cultural, misturadas em jornais, revistas, livros, programas de rádio, emissões de televisão, videoclipe, fax, redes de computadores e outros meios de comunicação, informação e fabulação, dissolve fronteiras, agiliza os mercados, generaliza o consumismo. Provoca a desterritorialização e a reterritorialização das coisas, gentes e idéias. Promove o redimensionamento de espaços e tempos.” (IANNI, Octávio. *Teorias da Globalização*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 19). Não é o propósito principal deste trabalho discutir os efeitos e as perspectivas da globalização em relação aos direitos humanos, todavia, partindo-se dessa observação de Octávio Ianni, é necessário reforçar que a globalização, justamente por proporcionar o desmanche de fronteiras, impondo, assim, uma revisão sobre o conceito de soberania absoluta e cidadania, sugere uma (re)visão da possibilidade de universalidade dos direitos humanos, para além da perspectiva da jurisdição doméstica.

⁶⁰ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, p. 115.

como simples arranjos políticos-institucionais, mas sim como dimensões morais do cidadão a serem implementadas na sociedade política.⁶¹

Para a implementação de um discurso eficientemente democrático, Claude Lefort parece ter ofertado importante pista para uma adequada visão dos direitos humanos em tempos de crise do Estado e do direito modernos. Em sua obra na qual intenta dialogar com aqueles que desferiram duras críticas aos direitos humanos - taxando-os de artifícios, que servem como verdadeiro “véu” utilizado para “mascarar as relações estabelecidas nas sociedades burguesas” -, como foi o caso, em especial, de Karl Marx⁶², Lefort defende a idéia de que “os direitos do homem não são um véu”, pois “longe de terem por função mascarar a dissolução dos liames sociais – fazendo de cada um, uma mônada -, os direitos do homem atestam e, ao mesmo tempo, suscitam uma nova rede de relações entre os homens.”⁶³

E assim, para sustentar essa rede de relações deve-se buscar num viés democrático original um duplo fenômeno que acompanha as diversas declarações de direitos humanos, quais sejam:

(a) um poder destinado doravante a permanecer em busca de seu fundamento, porque a lei e o saber não são mais incorporados na pessoa daquele ou daqueles que o exercem, e (b) uma sociedade acolhendo o conflito de opiniões e o debate dos direitos, porque se dissolveram os marcos de referência da certeza que permitiam aos homens situarem-se de uma maneira determinada, uns em relação aos outros.⁶⁴

O raciocínio moderno, portanto, da soberania que opunha Estado e sociedade civil, não pode ser desenvolvido mais hegemonicamente, principalmente em relação aos direitos humanos, pois, diante da complexidade que envolve o aparelho de Estado, viu-se o quanto este é impotente para garantir as políticas internas de implementação e garantia dos direitos fundamentais, bem como também é insuficiente para defesa dos direitos humanos em face do choque provocado pela globalização neoliberal.

⁶¹ Cf.: BARRETO, Vicente de Paulo. *Leitura ética da Constituição*. Texto disponibilizado na disciplina Ética e Fundamentação do Direito, do Curso de Mestrado em Direito da UNISINOS (RS), 2004. Mimeo.

⁶² MARX, Karl. *A questão judaica*. Traduzido por Silvio Donizete Chagas. 4. ed. São Paulo: Centauro, 2002.

⁶³ LEFORT, Claude. Os Direitos do Homem e o Estado-Providência, p. 50. Traduzido por Eliana M. Souza. In: *Pensando o Político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

⁶⁴ Idem, p. 52.

Em síntese, ainda com Lefort, entende-se que “assim como o Estado não pode fechar-se em si mesmo para tornar-se o grande órgão que comanda todos os movimentos do corpo social, assim também os detentores da autoridade política permanecem obrigados a repor em causa o princípio de conduta dos assuntos públicos.”⁶⁵

Isso reforça a própria idéia Lefortiana de que se deve constantemente reinventar e atualizar a democracia, porque esta, como afirma Chauí, “trata da criação ininterrupta de direitos, da subversão contínua de estabelecidos, da reinstituição permanente do social e do político”.⁶⁶

Essa assertiva, que traz o viés politizador do direito,

(...) ultrapassa não só o sentido conservador do liberalismo que reduz os direitos humanos ao seu caráter de direito natural, vistos como questão puramente ética, como também as críticas marxistas que reduzem o ideário democrático à pura ideologia. Para o marxismo, a democracia não possui força política, sendo no máximo uma relação de forças. Na verdade, a democracia é uma forma política articulada a partir do princípio da enunciação de direitos, onde o princípio maior é o direito de enunciá-los.⁶⁷

Não se pode deixar de registrar o cenário (acelerado) *globalizante*, que obriga a reflexão acerca da necessidade de que

(...) percebamos que o *espaço da democracia*, em razão de um processo conjunto de *desterritorialização e reterritorialização* consecutório da complexidade das relações contemporâneas, se multiplica, *não ficando mais restrito aos limites geográficos do Estado Nação, mas incluindo o espaço internacional, comunitário, além das experiências locais* – como, e.g., no caso dos projetos de democracia participativa.⁶⁸

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁶⁵ LEFORT, Claude. Os Direitos do Homem e o Estado-Providência. p. 54.

⁶⁶ Cf. CHAUI, Marilena. In: LEFORT, Claude. *A invenção democrática*. Traduzido por Isabel M. Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 7. Sobre a questão democrática cf. MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, p. 100-27.

⁶⁷ ROCHA, Leonel Severo. Forma de Sociedade, cultura política e democracia. p. 180. In **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo (RS): Unisinos, 2003.

⁶⁸ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; Direitos Humanos “Globais (Universais)”. De todos, em todos os lugares! P. 71. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: EdUnisinos, 2001. Grifos do autor.

Após a pesquisa desenvolvida e a análise da temática impressa ao longo do texto, logram-se alguns apontamentos conclusivos acerca da legitimação dos direitos humanos contemporaneamente e a sua relação com a democracia.

Os direitos fundamentais, considerados como tais desde o surgimento do Estado moderno, instituição que sempre serviu de parâmetro (contrário ou favorável) à implementação daqueles, encontraram como *locus* de reconhecimento, no âmbito interno dos Estados, as Constituições, e, no ambiente internacional, nos tratados internacionais. Todavia, o diálogo entre esses dois âmbitos remonta um período mais recente da história da civilização ocidental. Para ser mais preciso, o reconhecimento da fundamentalidade e da universalidade desses direitos foi impulsionado principalmente na segunda metade do século XX.

De lá pra cá, a proteção dos direitos humanos, considerados em toda a sua amplitude, foge aos limites das fronteiras estatais. De fato, desde as barbáries perpetradas pelo nazismo⁶⁹, a comunidade internacional elevou o indivíduo a sujeito de Direito Internacional. No atual cenário internacional, a proteção dos direitos humanos ganha grande relevo no que tange às relações exteriores de todos os países.

Associadas a essa preocupação “universal”, as crises, diagnosticadas alhures, que abalaram e segue abalando os Estados “soberanos”, também contribuem para uma necessária revisão da sistemática de proteção dos direitos fundamentais.

Contudo, seguindo uma caminhada contrária à instituição de um novo paradigma de defesa dos direitos fundamentais, os Estados nacionais ainda seguem atrelados a um paradigma jurídico fortemente marcado por um positivismo, forjado por uma racionalidade estritamente individualista.

Reforçando a discussão para a seara jurídica, a crise do paradigma predominante na dogmática jurídica serve para obnubilar as potencialidades transformadoras dos direitos humanos. Assim, o saber dogmático tradicional, atravessando um momento de crise

⁶⁹ “(...) após Hitler e após Auschwitz, os alemães têm todos os motivos para serem especialmente sensíveis ao universalismo, isto é, à indivisibilidade dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente e ao intercâmbio civil dos povos entre si.” HABERMAS, Jürgen. *Passado como Futuro*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993. p. 37.

paradigmática, mantém-se insensível ao horizonte significativo dos Direitos do Homem. Essa afirmação pode ser observada, por exemplo, na precariedade das fundamentações jurídicas baseadas em direitos humanos, notando-se, pois, que nem mesmo sob a égide do positivismo jurídico há coerências nas construções teóricas e nas aplicações práticas no campo jurídico, no que tange à efetivação dos direitos fundamentais.

Atrelados ao formalismo normativista os juristas operam o recalque das potencialidades transformadoras do direito e a efetivação de uma hermenêutica emancipatória, assegurando assim o distanciamento do saber jurídico da realidade social. Nesse diapasão, os operadores jurídicos acabam se transformando em reprodutores de fórmulas antigas e mantenedores de um sistema social que avilta as condições de vida da grande massa oprimida e o direito passa a ser a ferramenta deste mecanismo.

Diante de toda essa complexidade, que torna difícil, inclusive estabelecer pontos confluentes dessas crises, não se tem a ilusão de que a afirmação e defesa dos direitos humanos alcançará plenos êxitos nos campos político e jurídico, tal qual uma “panacéia da pós-modernidade”.

Todavia, o efeito simbólico dos direitos humanos, capaz de relacionar um (inegável) sentido ideológico com um (indissociável) viés reivindicador podem contribuir para a produção de novos sentidos nas mais variadas dimensões dos direitos fundamentais, pois, repetindo-se aqui as palavras, já expostas anteriormente, de Lefort, *a partir do momento em que os direitos humanos são postos como última referência, o direito estabelecido está voltado ao questionamento.*

Com efeito, esses *canais simbólicos para a produção de novos sentido*, tornam-se inócuos ou sequer subsistem caso não encontrem um *ambiente democrático* que possibilite sua constante renovação. Tendo em vista que ninguém sabe *a priori* qual é o conteúdo dos direitos humanos que devam ser respeitados e compartilhados, é por isso que a democracia é necessária, pois, longe de fomentar um autoritarismo, a consciência plena do caráter problemático dos direitos humanos leva a renunciar a um conhecimento pleno e definitivo deles. Daí a necessidade de revisão da noção de cidadania para além dos nacionalismos e da soberania, para além de hermetismos estatais.

Por fim, entende-se que o debate acerca da afirmação/concretização dos direitos humanos (materializados como fundamentais em documentos político-jurídicos), deve ser entendido, parafraseando-se Timm de Souza, *como ansiedade, numa dimensão de construção que se realiza com tijolos infinitamente pequenos, porém infinitamente recorrentes, incansáveis, sólidos e delicados*⁷⁰.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção “Os Pensadores”)

BARRETTO, Vicente de Paulo. “Reflexões sobre Direitos Sociais”. Separata do *Boletim de Ciências Econômicas*. Coimbra, 2003.

_____. *Leitura ética da Constituição*. Texto disponibilizado na disciplina Ética e Fundamentação do Direito, do Curso de Mestrado em Direito da UNISINOS (RS), 2004. Mimeo.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Traduzido por Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico contemporâneo: lições de filosofia do direito*. Traduzido por Márcio Pugliesi et al. São Paulo: Ícone, 1995.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. “O princípio da dignidade da pessoa humana nas Constituições abertas e democráticas”, p. 103-14. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *1988 – 1998: Uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CHAUÍ, Marilena. In: LEFORT, Claude. *A invenção democrática*. Traduzido por Isabel M. Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DEZALAY, Ives; TRUBEK, David M. “A reestruturação global e o direito”, p. 29-80. In: FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. Revisão da Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004.

GARCÍA, José Antonio; REAL, J. Alberto del. *Los Derechos: entre la ética, el poder y el derecho*. Madrid: Dykinson, 2000.

⁷⁰ SOUZA, Ricardo Timm de. *Uma introdução à Ética contemporânea*. São Leopoldo (RS): Nova Harmonia, 2004. p. 50-1.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In MOREIRA, Luiz; MERLE, Jean-Christophe (orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

_____. *Direito e Moral*. Traduzido por Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

_____. Sobre a mediação entre soberania popular e direitos humanos. Traduzido por Paulo A. Soethe. In: *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. *Passado como Futuro*. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

_____. Eurocentrismo, Europa dos Mercados ou Europa dos Cidadãos (do Mundo). *Tempo Brasileiro*, jul-set, 1999.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *A Crise de Legitimação do Capitalismo Tardio*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.

_____. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. Traduzido por Paulo A. Soethe. In *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Traduzido por João Paulo Monteiro e Maria B. N. da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000, cap. XVIII. (Coleção “Os Pensadores”).

IANNI, Octávio. *Teorias da Globalização*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999,

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Traduzido por João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984.

LEFORT, Claude. Os Direitos do Homem e o Estado-Providência. Traduzido por Eliana M. Souza. In: *Pensando o Político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

MARX, Karl. *A questão judaica*. Traduzido por Silvio Donizete Chagas. 4. ed. São Paulo: Centauro, 2002.

MATTEUCCI, Nicola. “Soberania”, p. 1179-88. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. Traduzido por João Ferreira. 5. ed. Brasília: UNB, 2000.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Direitos Humanos “Globais (Universais)”. De todos, em todos os lugares! P. 71. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: EdUnisinos, 2001.

_____; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

MOREIRA, Luiz; MERLE, Jean-Christophe (orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

MOREIRA, Nelson Camatta. O dogma da onipotência do legislador e o mito da vontade da lei: a “vontade geral” como pressuposto fundante do paradigma da interpretação da lei. In *Estudos Jurídicos: Revista da Unidade de Ciências Jurídicas da UNISINOS*. São Leopoldo (RS): UNISINOS, 2004. p. 57-79.

PIOVESAN, Flávia. “A Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro”. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, n. 45, p. 216-36, 2003.

RAMÓN CAPELLA, Juan. *Fruto Proibido: Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado*. Traduzido por Gresiela N. da Rosa e Lédio R. de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2. ed. São Leopoldo: EdUnisinos, 2003.

ROTH, André-Noël. “Direito em crise: fim do Estado Moderno?”, p. 15-27. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1999.

SOARES, Maria Victoria de Mesquita Benevides. Cidadania e direitos Humanos. In Cadernos de Pesquisa (Fundação Carlos Chagas). *Direitos Humanos, Cidadania e Educação*, nº 104, 1998.

SOUZA, Ricardo Timm de. *Uma introdução à Ética contemporânea*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito na Sociedade Moderna: Contribuição à Crítica da Teoria Social*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979,

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: Interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: SAFE, 1994. v. 1.

WEBER, Max. “El Estado racional como asociación de domínio institucional com el monopolio del poder legítimo”, p. 1056-60. In *Economía y Sociedad*. Traduzido por José M. Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

_____. “Os três tipos puros de dominação legítima”, p. 128-41. In: COHN, Gabriel (org.). *Max Weber - Sociologia*. 7. ed. São Paulo: Ática, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.