

O DIREITO CONSTITUCIONAL ENTRE MODERNIDADE E GLOBALIZAÇÃO*

Vivian Cristina Lima¹

“Ao longo da história brasileira, sobretudo nos períodos ditatoriais, reservou-se ao direito constitucional um papel menor, marginal. Nele buscou-se não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce. A Constituição de 1988, com suas virtudes e imperfeições, teve o mérito de criar um ambiente propício à superação dessas patologias e à difusão de um sentimento constitucional, apto a inspirar uma atitude de acatamento e afeição em relação à Lei Maior. (...) Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito e até um certo carinho pela Lei, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

(Luís Roberto Barroso, in *“Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom para você também?”*)

1. O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO E O PARADIGMA DA MODERNIDADE

O paradigma da modernidade, calcado na racionalidade, na soberania, na divisão de poderes, encontra-se em processo de transformação e substituição, alterado por um fenômeno denominado globalização, calcado no espírito da atividade econômica e determinado pela força do movimento econômico, que, em última análise, propicia a queda de tradicionais pilares do Estado moderno, como a soberania e a nacionalidade, forçando um redimensionamento do Estado – nação e do direito estatal.

*Artigo produzido a partir dos ensinamentos do Professor Clèmerson Merlin Clève no Curso de Mestrado do Programa de Pós Graduação em Direito da UFPR.

¹Professora de Direito Constitucional e Administrativo da PUC/PR e da UNIBRASIL e Professora de Direito Administrativo da UFPR, mestranda em Direito do Estado pela UFPR, membro do NUPESUL-UFPR e advogada em Curitiba.

ODIREITO CONSTITUCIONAL ENTRE MODERNIDADE E GLOBALIZAÇÃO

De fato, o Estado-nação nesse contexto perde sua soberania política posto que deve-se inclinar a um “difuso soberano privado supraestatal”².

A globalização e a ideologia neoliberal, que será tratada na seqüência, acarretaram uma modificação profunda da estrutura do poder político. O campo do poder contemporâneo está constituído pela inter-relação de um poder supraestatal ou paraestatal econômico difuso e um Estado permeável, aberto, *e. g.*, a União Européia.

A existência desse campo de poder altera o discurso político limitado ao conceito de “Estado soberano”, de poder uno, indivisível e incontrastável e traz consigo todo um novo conjunto de práticas jurídicas de regulação e controle do poder.

A soberania dos Estados atualmente está sendo profundamente alterada em face da globalização econômica. A crise não é apenas da noção, mas do Estado nação como um todo. O direito, o Estado e a política passam por um momento de transformação estrutural e a noção de soberania é subjacente à essa mudança e também está profundamente abalada.

André Jean Arnaud ao trabalhar essa questão afirma que a globalização é percebida, antes de tudo através da lógica econômica que ela imprime e das conseqüências políticas e sociais imediatas. Para o referido autor os acordos regionais, sendo baseados principalmente em uma vontade de fusão econômica e monetária, surgem como possíveis bastiões contra uma globalização com tendências imperialistas³.

²A expressão é de Juan Ramón CAPELLA, onde o autor coloca que a denominação soberano privado supraestatal difuso é atribuída ao titular privado de um poder supraestatal que produza efeitos de natureza pública ou política. Há um novo poder de caráter supraestatal que impõe aos Estados determinadas políticas, sobretudo no âmbito econômico.

Nas palavras do autor, ao favorecer o monetarismo, a desregulamentação, o livre comércio, etc., os responsáveis políticos possibilitaram a passagem de decisões da esfera pública para a privada. A formação do soberano privado supraestatal difuso foi gradual, tendo começado com transferência de financiamento a antes da esfera privada. O soberano privado supraestatal difuso não é um poder independente. Ele atua interrelacionadamente com os Estados permeáveis integrando um campo de poder. Esse poder privado tem efeitos de natureza pública, posto que determina as políticas estatais. A origem e a natureza do titular desse poder soberano supraestatal é privado, é um poder de natureza objetiva, estrutural. E é difuso por não estar concentrado nas mãos de alguém ou em uma sede determinada. É constituído pelo poder estratégico das grandes companhias transnacionais e conglomerados financeiros (G7, Banco Mundial, OCDE, etc.) que agem através das leis do mercado”.

CAPELLA finaliza afirmando que o soberano privado supraestatal aponta o tipo e as condições da política econômica aceitável por ele, assim como as condições do sistema monetário. Cabe ao estado nação aberto instrumentalizar essas políticas impostas com decisões próprias. E além disso cabe ao estado aberto não abandonar suas funções tradicionais. (*In “Fruta Prohibida. Una Aproximación Histórico – Teorética al Estudio del Derecho y del Estado”, Madrid, Editorial Trotta, 1997, p. 260 e ss.*)

³*In “Direito entre Modernidade e Globalização – Lições de Filosofia do Direito e do Estado”, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1999, p. 25 e ss.*

VIVIAN CRISTINA LIMA

O fenômeno da globalização representa atualmente um novo paradigma, o qual repousa sobre alguns pontos específicos. Em primeiro lugar fala-se que a globalização remete a um processo social, econômico, cultural e demográfico que se instala nos Estados-nações e os transcende ao mesmo tempo. Estes Estados-nações encontram-se em posição de exclusão em relação ao comércio mundial, que de internacional tende a se tornar transnacional.

De toda sorte o Estado-nação continua a ser um ponto de referência obrigatório, pois representa talvez ainda o último foco de resistência para a regulação social. De fato, a globalização traz, em contrapartida ao fenômeno “global”, uma nova atenção ao “local” ou aos processos locais, opera em uma dialética permanente com o “local”, que representa uma volta da sociedade civil no papel cada vez mais importante na regulação social.

Arnaud afirma ainda que a globalização acarreta também uma maior transparência no conhecimento sobre os modos de governo e sobre o controle social, percebendo-se com maior clareza e imediatamente onde a democracia está ameaçada, e onde os direitos humanos não estão sendo respeitados⁴.

2. ONEOLIBERALISMO

Acompanhando esse processo globalizante surge uma nova ideologia, o neoliberalismo. Globalização e neoliberalismo são duas vertentes de um mesmo processo. A pretensão do neoliberalismo passa necessariamente pelo conceito de globalização, o que ressalta a importância da análise econômica das relações nas sociedades humanas contemporâneas.

O neoliberalismo nasceu após a segunda guerra mundial como reação teórica e política crescente contra o estado intervencionista e de bem – estar. Baseado nas premissas de Friedrich Hayek, no seu “*O caminho para a Servidão*”, posiciona-se contra qualquer limitação de mercado por parte do Estado e qualquer ameaça à liberdade econômica e política.

Constitui-se de um movimento com o propósito de combater o keynesianismo e o solidarismo reinantes e estabelecer as bases do capitalismo duro e livre⁵. O principal argumento era que o Estado de bem – estar destruiria a liberdade dos cidadãos e a vitalidade da concorrência da qual dependia a prosperidade. Hayek entendia a desigualdade como um valor positivo.

⁴O referido autor assevera ainda neste ponto uma governança global, um governo planetário: “Entre os efeitos, o fundamental parece ser ter dividido o mundo entre aqueles que se dobram à sua lei ou que, bem ou mal, se conformam e se acomodam a ela, e aqueles que a recusam e são taxados de cegos, reacionários e de irresponsáveis” (Op. cit., p. 16 e ss.).

⁵ANDERSON, Perry, “O Balanço do Neoliberalismo”, in SADER, Emir e GENTILI, Pablo. Pós – neoliberalismo, 4. ed., Rio de Janeiro, editora Paz e Terra, 1998, p. 7-23.

ODIREITO CONSTITUCIONAL ENTRE MODERNIDADE E GLOBALIZAÇÃO

O programa neoliberal mostrou-se realista e obteve êxitos como a deflação, a acumulação dos lucros, a fixação dos empregos e salários. Porém, essas medidas foram concebidas para alcançar um fim histórico – a reanimação do capitalismo e restauração de taxas de crescimento estáveis – o que não aconteceu, pois a desregulamentação financeira criou condições favoráveis para a inversão especulativa do capital.

Perry Anderson conclui o neoliberalismo como um movimento ideológico, calcado numa doutrina coerente e auto consciente, decidida a transformar o mundo à sua imagem⁶.

Na área jurídica as políticas neoliberais implicam na estipulação de um Estado mínimo, numa tentativa de dilapidação do modelo social de Estado. O neoliberalismo legitima seu discurso endossando teses pós – modernas como o fim da história, a irreversível vitória do mercado e de suas instituições, a reforma do Estado.

José Eduardo Faria registra que a título de se reformar o Estado abrem-se espaços para reforço dos feudos e novos patrimonialismos e coloca que a globalização levou o espaço de produção a se irradiar sobre os demais, levando as condições de vida e de trabalho a serem condicionadas pelas relações e estruturas de apropriação econômica. Assim, aquele que não encontra-se inserido na apropriação econômica está excluído da vida social⁷.

E ainda assinala que o grande problema com a globalização é que o econômico prevalece sobre o político, os interesses da sociedade se submetem aos capitais⁸.

Edmundo Arruda Junior afirma que o neoliberalismo propõe a reforma do Estado e tenta destruir seus núcleos mais modernos, que sequer foram experimentados suficientemente e satisfatoriamente. Decreta a falência do direito e do Estado tradicionais e busca impedir a construção de uma modernidade jurídica e social. Na visão do autor tais propósitos são profundamente anti – modernos e reforçam a barbárie sem precedentes⁹.

⁶ Idem, *ibidem*.

⁷ “*O Direito na Economia Globalizada*”, São Paulo, Editora Malheiros, 199, p. 220 e ss.

⁸ Idem.

⁹ “*Direito e Século XXI: Conflito e Ordem na Onda Neoliberal Pós – Moderna*”, Rio de Janeiro, Editora LUAM, 1997, p. 73-89.

3. O DIREITO ESTATAL ENTRE AS NOVAS FORMAS DE REGULAÇÃO E PRODUÇÃO DO DIREITO

A globalização traz em si um processo de mudança onde a perspectiva local é inferior, onde há a implementação de um código único de comportamento humano, resultado de um modelo econômico neoliberal e onde não há pensamento ou cultura alternativos.

Karl Popper afirmou que a globalização constitui um movimento que conduzirá a uma sociedade planetária, uma sociedade aberta. Este fenômeno, conduzido pelas relações econômicas de mercado, desconstruiu as certezas inabaláveis do Estado Moderno, de seu poder de regulamentar todas as situações e questionou a eficácia das estruturas do Estado-nação.

Há um traslado na capacidade de regular a esfera privada. O direito estatal torna-se insuficiente e a regulação é feita pelo grande capital, onde este é liberado de deveres e pode optar a qual ordenamento jurídico pretende se submeter, se é que pode-se chamar a essa faculdade de “submissão”.

Capella afirma que na soberania privada paraestatal difusa o direito toma forma de uma nova lei mercadológica metaestatal, garantida e estabelecida pelas empresas transnacionais, a chamada *lex mercatória*.¹⁰

Nesse contexto insere-se o título do presente ensaio, o Direito constitucional entre modernidade e globalização, e cabe-nos questionar qual o papel desse direito e do Estado na regulação nas diversas escalas: global, regional, nacional e local? De qual direito se está a se falar? Ainda existe lugar para a eficácia desse direito no mundo contemporâneo?

Esse direito poderá regular as novas relações, transnacionais, que desprezam a soberania estatal e que sujeitam-se apenas às regras criadas pelos grandes agentes econômicos, a citada *lex mercatória*, o difuso soberano privado supraestatal, para usar a expressão de Capella?

¹⁰Para o autor tal expressão designa o conjunto das práticas jurídicas dos grandes agentes econômicos. O autor propõe um conceito convencional: “*lex mercatoria é o conjunto e normas acordadas explícitas ou implicitamente pelos grandes agentes econômicos, com independência dos poderes públicos, para regular suas relações recíprocas, para regular suas relações com os estados abertos e para delimitar as políticas destes*”. *Lex mercatoria* é o direito criado pelo soberano privado supraestatal, que se estabelece por procedimentos informais. Esse direito é extrajurisdicional.

A *lex mercatoria* situa a negociação no plano central da análise jurídico doutrinal, compondo um direito extrajurisdicional de negociação permanente, sendo que as infrações se resolvem em renovação normativa e negociação. (CAPELLA, Juan Ramón, *Op. cit.*, p. 50 e ss).

No mesmo sentido se orienta Jorge Luís SALOMONI, e acrescenta que o problema desse novo direito é que ocorre uma fuga do direito público para o direito privado, consubstanciada na retirada de vinculações jurídico – públicas as quais os entes prestadores sempre estiveram vinculados, como competência, forma de organização e atuação, controle e responsabilidade (in “*Teoria General de los Servicios Públicos*”, Editora ADHOC, Buenos Aires, 1999, p. 338).

ODIREITO CONSTITUCIONAL ENTRE MODERNIDADE E GLOBALIZAÇÃO

Arnaud intenta encontrar algumas dessas respostas e afirma que o direito está implicado diretamente pelo processo de globalização, que a globalização adquiriu o valor de paradigma e que os juristas podem encontrar no paradigma da globalização uma nova maneira de colocar problemas considerados sem solução, e até mesmo de superar a crise permanente na qual o Direito se encontra mergulhado¹¹.

Os atuais questionamentos tem a ver com a regulação sob os diversos aspectos: a eficácia da regulação tradicional pela via do direito, a validade de outras formas de regulação social, e concepção da desregulamentação como apelo indireto a um outro direito, apto a dominar a complexificação das relações sociais assim como a mundialização dessas relações que trouxeram perturbações nas respostas clássicas a esses problemas.

E sob esse pano de fundo evoca-se um recuo do Estado visível através do desenvolvimento da normalização e da certificação, com a associação do setor privado com os poderes públicos na produção do direito. O direito estatal corre o risco de ser concretamente suplantado por outros tipos de regulação global em decorrência do aparecimento de ordens espontâneas que escapam à regulação estatal, bem como pela ameaça que pesa sobre o equilíbrio internacional¹².

4. ODIREITO CONSTITUCIONAL NUM MUNDO CONTEMPORÂNEO

Não se pode trabalhar o direito constitucional num mundo contemporâneo sem antes trabalhar com a própria noção de Constituição.

Existe uma idéia produzida pelo senso comum teórico, uma compreensão da Constituição através de um regresso na história do saber jurídico. A constituição é decorrência do saber jurídico de uma dada cultura. A idéia da Constituição tal como se concebe atualmente é uma idéia moderna e recente. A idéia básica é de governo dos homens pelos próprios homens, de auto – produção normativa.

Ao lado da pretensão de se autogovernar nasce no homem a compreensão de que este deve ter uma esfera de autonomia própria e protegida do Estado, do poder político.

¹¹ARNAUD, André – Jean, *Op. cit.*, p. 173 e ss.

¹²Referindo-se a estes outros tipos de regulação global o citado professor ainda assevera que “as companhias multinacionais transformadas em agentes centrais da globalização das relações econômicas, escapam largamente à regulação tanto nacional quanto internacional. O direito estatal surge como estrutura cada vez mais ausente quando se trata de relações jurídicas de fato. O direito perde atualmente terreno em favor de formas alternativas de regulação social e de solução de conflitos. Tudo isso corre à margem do estado e até contra ele.” (ARNAUD, Andre – Jean, *Op. cit.*, p. 153 e ss).

VIVIAN CRISTINA LIMA

De Locke, Montesquieu até Rosseau o pensamento filosófico preocupava-se com o pressuposto na noção de indivíduo, sujeito de direitos e de obrigações. No contexto da racionalidade liberal ocorre a descoberta de que o homem é capaz de traçar o seu próprio destino, que pode construir um destino coletivo, que é sujeito da história coletiva. Neste momento aparece o conceito de constituição como um universo racional capaz de construir uma história política.

A Constituição é tributária do iluminismo, do liberalismo, do individualismo e da razão. É um fruto típico da modernidade.

Serviu e ainda serve de baluarte para impor ao Estado espaços de incompetência, onde residiam e residem os direitos dos cidadãos.

Mas com os pilares da modernidade em cheque num mundo contemporâneo, o direito constitucional e a própria constituição encontram-se ameaçados.

Efetivamente evidencia-se no mundo contemporâneo uma erosão da normatividade constitucional. O direito constitucional perde substância e conteúdo, fragiliza-se com a insegurança jurídica imposta pelos detentores do poder político (e econômico, por óbvio) na busca pela instrumentalização da Constituição.¹³ Ocorre uma desubstancialização da Constituição.

De outro lado, percebe-se um fortalecimento da referência ao território constitucional, uma reação no sentido preservar a substância e a essência do texto constitucional, num movimento de resubstancialização do direito, com aproximação do direito com o saber jurídico e o saber principiológico.

A questão que deve ser abordada gira em torno de se saber até que ponto os novos valores da globalização e do neoliberalismo são capazes de colocar em cheque toda a herança do pensamento constitucional, a visão e o papel da Constituição?

5. A CONSTITUIÇÃO E O PENSAMENTO CONSTITUCIONAL

A herança do pensamento constitucional passa pelas várias formas de interpretação da Constituição ao longo da história¹⁴.

A Constituição aparece em primeiro lugar como uma conquista de natureza essencialmente política. Os particulares buscam exercer suas liberdades para desenvolver suas potencialidades. Assim, a Constituição aparece como um documento político carregado de simbolismo que aponta para uma inclusão dos excluídos e para a idéia de nação¹⁵.

¹³Basta apenas mencionar o absurdo número de 30 (trinta) emendas constitucionais desde a promulgação da Constituição da República de 1988.

¹⁴As várias formas de interpretação da história constitucional foram extraídas do Curso de Extensão "Princípios Filosóficos do Direito Constitucional", ministrado pelo professor Clèmerson Merlin CLÈVE, realizado no Congresso Internacional de Ética e Cidadania em Curitiba, de 01 a 03 de novembro de 2000.

¹⁵Significa dizer que a Constituição é o documento que carrega a simbologia da integração, que diz ao povo que todos estão numa mesma caminhada histórica e principalmente, conjunta.

ODIREITO CONSTITUCIONAL ENTRE MODERNIDADE E GLOBALIZAÇÃO

A Constituição aparece também como um projeto de existência comum, que é prisioneiro do passado, mas que aponta para um futuro, ou voltado à construção orgânica de uma nova sociedade ou voltado à singular regulação dos indivíduos¹⁶.

A Constituição é ainda espaço de mediação de conflitos. Os grandes conflitos ou serão regulados pela Constituição ou serão neutralizados ou regulados por ela. A Constituição produz um significado que depende muito da movimentação das classes sociais. Esses conflitos são regulados seja pelo discurso normativo da Constituição seja pelo seu silêncio.

A Constituição além de tudo aparece como uma planta arquitetônica que procura estabelecer as esferas de atuação de determinadas instâncias, como por exemplo a Constituição Liberal, que visa organizar o Estado considerando a idéia de tripartição de poderes de Montesquieu e a limitação do poder para a proteção dos indivíduos. Essa Constituição separa o que é do campo particular e o que é do campo político, do poder público¹⁷.

Por fim, pode-se falar também em Constituição como manifestação de um pensamento utópico. Constituição é norma, é realidade, mas ao mesmo tempo é manifestação de utopia, mas utopia no sentido de capacidade de construção, de regeneração, de projeção da existencialidade do próprio homem. A utopia guarda proximidade com a idéia de esperança, de horizonte inalcançável, de uma caminhada histórica. É um vetor que permite descortinar a possibilidade de um mundo melhor¹⁸.

De toda forma, a Constituição só guarda sentido quando está referida à idéia de homem, de ser humano. O pensamento constitucional acompanha essa orientação.

¹⁶A ideologia neoliberal aponta somente para a regulação dos indivíduos e não trabalha a construção de uma nova sociedade. Na concepção de HAYEK, a globalização é tomada como um processo irremediável para uma sociedade aberta e para a aceitação do risco, em que se reconhecem e se admitem as desigualdades: "*Com a perspectiva globalizante, os laços entre os grupos tornam-se cada vez mais tênues ("restos de uma época tribal") em direção a uma sociedade global e impessoal de homens livres. Nesta Grande Sociedade, prevalece a equidade, onde há o tratamento idêntico de todos, conforme as regras abstratas de boa conduta.*" (in "*Direito, Legislação e Liberdade*", Paris, 1995, p. 3)

De acordo com a análise feita por ARNAUD desta posição de HAYEK, "assim como a justiça social, função de um Estado poderoso, se alinhava com o Código Civil e a concepção da sociedade napoleônica, assim também a equidade neoliberal, no contexto da ordem espontânea, não tolera essa justiça social, da qual Hayek fala claramente como de uma miragem" (*Op. cit.*, p.147)

¹⁷Delimita uma zona de competência e uma zona de incompetência do poder público, onde residem os direitos individuais exercidos contra o Estado.

¹⁸O sujeito utópico não é necessariamente otimista, consegue identificar a possibilidade de uma caminhada. A Constituição é utopia porque procura descrever normativamente a possibilidade de uma realidade futura. Mas não se pode negar que existe tensão com a realidade constitucional.

6. O DISCURSO CONSTITUCIONAL NA PÓS-MODERNIDADE

O papel do discurso constitucional que se atribui na pós – modernidade¹⁹, especialmente no contexto da globalização econômica e do neoliberalismo é de uma Constituição isenta de conteúdo e de substância.

Chega-se ao absurdo de afirmar que a Constituição não tem nenhum compromisso com pressupostos legitimadores, teleológicos, não importando o seu conteúdo e significando apenas um lugar hierárquico normativo. A Constituição seria apenas forma e não conteúdo.

Sobre esse ponto Arnaud afirma que estamos em presença de duas problemáticas muito diferentes. Uma, tradicional e de origem “moderna”, repousa sobre os pressupostos que a regulação social se faz primeiramente pelo direito e que o Estado é soberano e tem um poder exclusivo sobre o direito²⁰.

Outra, contemporânea, emergente, baseia-se sobre novos pressupostos: que nem toda regulação social passa necessariamente pelo direito, que a melhor regulação social não é forçosamente o direito, e que o Estado perde terreno na sua soberania, inclusive no que diz respeito ao direito.

Essa idéia única guarda um sentido. A expressão Constituição foi banalizada. Não se pode esquecer que a Constituição é o passaporte que aponta para a existência de um poder soberano localizado histórica e geograficamente.

Existem constituições que não se prestam ao papel de emancipatórias do homem, mas aprisionam-no e legitimam o poder político de um grupo restrito, que afirmam as liberdades mas que permitem a opressão em nome da razão do Estado.

A ideia da Constituição e do discurso constitucional só tem sentido se prestar-se para a tutela da dignidade da pessoa humana, para a preservação das condições de existência do homem.

O sentido da Constituição é o de proteção do homem, antes compreendido como indivíduo e hoje como projeto de sociedade.

Não se pode negar que a Constituição é fruto de uma construção racional. É um projeto moderno porque é racional e totalizante. Mas também não se pode negar que a Constituição não é só forma e posição hierárquica normativa. Tem um compromisso com valores que dignificam o homem.

¹⁹Para encontrar critérios de um pós-modernismo em direito, ARNAUD se refere aos critérios do modernismo e elenca as seguintes teses: 1º) que a pós-modernidade em direito se caracteriza por uma preocupação de superação dialética do paradigma “moderno” (fundado sobre um feixe de conceitos englobando abstração e axiomatização do direito, subjetivismo, simplicidade e segurança das relações jurídicas, separação da sociedade civil e do Estado, universalismo e unidade da razão jurídica). 2º) que a crise contemporânea do Estado, do direito e da justiça, bem poderia ter como causa um esgotamento das instituições do pensamento jurídico ocidental moderno. 3º) que a globalização bem poderia, pelo menos em parte, coincidir intelectualmente com um pensamento jurídico pós-moderno. (*Op. cit.*, p. 201-202)

²⁰*Op. cit.*, p. 200 e ss.

ODIREITO CONSTITUCIONAL ENTRE MODERNIDADE E GLOBALIZAÇÃO

A Constituição é produto e promessa da modernidade. Integra o projeto emancipatório proposto pela racionalidade moderna. Quando os pilares da modernidade estão em risco igualmente estão os da Constituição.

A questão que se coloca é a seguinte: ou nós fazemos uma dogmática e um discurso constitucional voltado para as razões do Estado ou para a proteção dos direitos fundamentais.

A abordagem pós-moderna é constituída, antes de tudo, por um espírito, uma tomada de posição acerca de um modo de conhecimento. Ela tem valor paradigmático, na medida em que ela substitui o paradigma do modernismo, e se apresenta tal como ele, na forma de um paradigma racional sistemático. Ela questiona uma visão global da ordem social, da legalidade do positivismo legalista, do determinismo mecanicista cuja lei preside a ordem jurídica moderna.

Verdadeiramente constitucional é só a Constituição normativa²¹, que se confunde com um projeto de emancipação do homem.

A referibilidade comum do direito constitucional é através do Estado para libertar o homem. A Constituição não será do Estado, mas de uma sociedade e terá uma instância delegada aos particulares e outra ao espaço político. Toda teórica do direito constitucional contemporâneo não alcança a verdadeira essência da constituição.

Dentro do debate contemporâneo e do momento da pós – modernidade haveremos de fazer um outro discurso constitucional, substancializado no homem e na sua dignidade enquanto pessoa.

7. ODIREITO CONSTITUCIONAL ENTRE MODERNIDADE E GLOBALIZAÇÃO – PERSPECTIVAS E CAMINHOS

Pós modernidade e globalização se encontram lado a lado: no combate contra o intervencionismo do Estado e para o desenvolvimento da sociedade civil, aquele em favor da flexibilidade, da escuta às mudanças.

Mas eles se distanciam na esfera da racionalidade. A globalização, com suas teses neoliberais; responde a uma racionalidade única, a da lei do mercado, enquanto o pós-modernismo se refere às lógicas estilhaçadas, às múltiplas racionalidades (que não seriam respeitadas pela globalização).

O Estado deve ser visto como um movimento de força social, um componente de espaço público não estatal impedindo a apropriação deste espaço pelas forças despóticas do mercado²².

²¹Para utilizar a tipologia constitucional de Karl LOEWENSTEIN, in *“Teoria de la Constitución”*, 2. ed., Barcelona, Editora Ariel, 1983.

²²ARNAUD afirma que isso é, provavelmente, a razão pela qual não seja correto falar de um pós-modernismo no singular, e ainda menos reduzi-lo a globalização. (*Op. cit.*, p. 205 e ss)

VIVIAN CRISTINA LIMA

Boaventura de Souza Santos traz a idéia por nós acatada de um Estado como um novíssimo movimento social, um Estado articulador que não tem mais o monopólio da governação mas que detém o monopólio da metagovernação, o monopólio da articulação²³.

Afirma o autor que deve-se reverter o impacto destrutivo do processo globalizante no sentido de uma busca de uma redistribuição eqüitativa da riqueza globalmente produzida²⁴.

Na realidade a luta deve priorizar uma democracia distributiva, um direito internacional mais democrático e participativo.

As transformações estatais acabaram por desfigurar o modelo de Estado da modernidade, o que determina o seu repensar e a necessária remodelação do seu conceito. Resta saber qual será o novo modelo e em que premissas estará baseado.

Boaventura de Souza Santos nesse sentido tenta lançar uma semente, a da reconfiguração estatal baseada na redistribuição da riqueza, o que determina o repensar do processo globalizante segundo uma ótica personalizadora, não mais centrada no individualismo e voltada à mitigação do impacto destrutivo da ideologia neoliberal²⁵.

Atualmente, a questão a ser respondida gira em torno da possibilidade de um novo discurso constitucional, que se encaixe no novo cenário da contemporaneidade, que possa integrar a globalização contra hegemônica de que fala Boaventura de Souza Santos e que se ajuste à nova realidade mundial sem rejeitar às conquistas da modernidade²⁶.

Será possível? Só o futuro dirá. A aposta deste ensaio é na construção de uma visão do direito constitucional voltada à proteção do indivíduo, caracterizada como um foco de resistência ao estado da natureza do mercado.

Nessa visão percebe-se que a Constituição não substancia um dado pronto e acabado, traz uma carga de significação que vai sendo compreendida numa dialética de continuidade. A Constituição não é, ela está. O trabalho do operador jurídico não é de fotografar o direito constitucional, não há possibilidade de transparência e captura do objeto, a Constituição é construída à medida que é compreendida e interpretada.

²³A *Globalização do Direito*, 1. ed., Bogotá, UNIBIBLOS, 1998, p. 19-22.

²⁴Idem.

²⁵Idem, *Ibidem*.

²⁶Boaventura de SOUZA SANTOS entende que a crise da modernidade se deve ao desequilíbrio entre seus dois pilares de fundamentação: a emancipação e a regulação. Para esse autor, o pilar da emancipação foi colonizado pelo da regulação. Assim, o direito estatal moderno (única forma de direito reconhecida na modernidade, do mesmo modo que o Estado é o único poder reconhecido) exacerbou sua função regulatória, sufocando a promessa de emancipação. Por essa razão, é que quando se fala em redução do poder do Estado, se refere à perda da capacidade de regulação e, portanto, crise do Direito moderno. É nesse sentido que um "retorno da sociedade civil" é urgente e imprescindível na consecução de uma globalização contra-hegemônica que valorize o cosmopolitismo e a herança comum da humanidade e a democracia participativa nas escalas local, nacional e global. (*Op. cit.*, p. 30 e ss)

ODIREITO CONSTITUCIONAL ENTRE MODERNIDADE E GLOBALIZAÇÃO

No campo da processualidade deve-se lembrar que o processo constitucional é um processo continuado, não se conclui com a assembléia constituinte, se perpetua pelos mecanismos de afirmação política e de afirmação dos direitos pelo poder judiciário. O direito é norma, mas é espaço, tempo, fato.

A espaço temporalidade é determinante da esfera normativa. Compreender a Constituição como processo traz para o operador jurídico uma grande responsabilidade pois o direito infraconstitucional precisa ser revisto à luz dos princípios constitucionais e nesse sentido o operador jurídico participa do processo de formação da ordem jurídica²⁷.

O direito e em especial o direito constitucional não pode mais ser visto como uma metáfora da pirâmide. Se não é pirâmide, se não é ordem pronta e acabada, como pode ser encarado? Pode ser encarado como um feixe de luz onde há caos e sentido ao mesmo tempo. Os operadores jurídicos serão os instrumentais que conferirão sentido ao caos aparente, que reconstruir o direito.

Mas para isso há a necessidade de um ponto unificador, há a necessidade de um fio condutor que atravesse o tecido do discurso jurídico, que interligue as várias ordens interdisciplinares, que lhes correlacione a um sentido. Esse fio condutor é a Constituição, é ela que conferirá sentido às diversas ordens.

Efetivamente o direito constitucional nasce como proposta da modernidade, é contemporâneo ao Estado de direito, mas está a passar por mudanças importantes. Atualmente se fala em uma viragem paradigmática²⁸ do direito constitucional. Se antes falávamos de direitos fundamentais nos termos da lei, hoje se fala de direitos fundamentais apesar da lei e em determinados casos contra a lei. Essa é a viragem paradigmática de que fala o Professor Clémerson Merlin Clève.

Esse direito constitucional emerge como um direito constitucional contramajoritário. É garantia da expressão da maioria e fortaleza de resistência da minoria. Se a Constituição antes era o espaço de delimitação para o legislador hoje é o garante dos direitos fundamentais e o juiz irá manejá-la para a garantia desses direitos, até contra a lei.

É um juiz que trabalhará a partir de uma dimensão axiológica, teleológica, menos concreta e mais abstrata. Pode causar mais insegurança, mas torna o operador jurídico mais potente pois o coloca à frente do processo de constituição do direito.

²⁷A sociedade muda numa velocidade que o direito em geral e também o direito constitucional não consegue acompanhar e isso traz a permanência na ordem jurídica de disposições anacrônicas que precisam ser filtradas. Há fragmentação, erosão das promessas orgânicas de regulação total e existe a necessidade de uma referência unificadora. O direito não é ordem, é caos, fragmento, distribuído sem coesão sistemática. O sistema jurídico haverá de ser construído pelo operador jurídico.

²⁸A expressão é do Professor Doutor Clémerson Merlin Clève.

VIVIAN CRISTINA LIMA

Então o caminho do direito constitucional deve ser o de manifestação de um princípio contramajoritário, de representar mecanismos de proteção da minoria. A Constituição atualmente é o ponto de debate para a filosofia política.

E exatamente por isso devemos nos perguntar: que tipo de constituição os tribunais e os imperadores jurídicos haverão de manejar? A Constituição da modéstia constitucional, a Constituição compreendida como mero limite, desubstancializada, a Constituição utópica, simbólica, como querem os neoliberais?

Esse debate determinará o futuro da tutela dos direitos e liberdade do homem e necessariamente passará pelo discurso constitucional.

Pretende-se neste ensaio assinalar a opção por uma Constituição que mesmo estando no campo da deontologia não deixa de contemplar uma esfera própria da axiologia, fulcrada nos princípios constitucionais, que contenha uma dogmática constitucional principiológica, prospectiva e emancipatória.

Insera-se neste momento o debate capitaneado por Dworkin do ser e dever ser e do campo principiológico, da ponderação, da escolha, da concordância prática, da compatibilização de disposições constitucionais colidentes. O campo da ponderação é um campo de escolhas, decisões, e isso ocorrerá muito claramente no campo dos direitos fundamentais.

Há ponderação de valores e hierarquização destes no caso concreto. Todos os valores da Constituição estão num mesmo patamar hierárquico, mas a Constituição permite uma hierarquia dinâmica e não estática. Na Constituição encontramos standarts, princípios morais, um campo de escolha.

A sociedade contemporânea vivencia as duas tendências concomitantes e colidentes mas que são presididas por uma mesma lógica: o direito constitucional contemporâneo passa a ser desubstancializado com base na globalização do pensamento único neoliberal. É a instrumentalização da Constituição como instrumento de governo²⁹.

Porém, há outra tendência, de resubstancialização da Constituição. Emerge uma teoria constitucional que possa dar conta dessa substância para possibilitar a escolha pelos tribunais constitucionais. Dworkin afirma que o judiciário deve assumir uma posição prospectiva de escolha e definição dos direitos fundamentais.

Devemos afirmar o compromisso constitucional em matéria de direitos fundamentais. A dogmática contemporânea do direito constitucional é pós – positivista, vai entender que o operador jurídico, o juiz, interpretará uma disposição constitutiva e não uma norma, esta norma será o resultado da interpretação da disposição, o resultado de uma construção.

²⁹É a tendência de que em face da sobrecarga do Estado e da crise de governabilidade há a criação de novos lugares de regulação social e a Constituição deixa de ser norma para ser metanorma.

ODIREITO CONSTITUCIONAL ENTRE MODERNIDADE E GLOBALIZAÇÃO

Deve ocorrer sob o ponto de vista filosófico no direito constitucional contemporâneo uma volta aos direitos fundamentais, aos direitos humanos. Deve haver uma mudança paradigmática em relação aos direitos fundamentais.

O discurso da Constituição Brasileira de 1988 deve ser preservado. Esse discurso consubstancia-se da seguinte forma: prioriza-se o homem e seus direitos e para protegê-lo e a esses direitos necessita-se do Estado, este serve para operacionalizar a satisfação dos direitos fundamentais.

O Estado deve ser visto sob o ponto de vista constitucional. Significa dizer que só guarda sentido se trabalhar o caminho da satisfação dos direitos fundamentais, seja agindo, reprimindo, se omitindo e os seus desvios serão corrigidos pelos tribunais.

Os direitos constitucionais não estão à disposição do Estado, é o Estado que tem a função de dar plena satisfação aos direitos fundamentais. Não são sua concessão, mas sim devem ser por ele tutelados.

O direito constitucional entre modernidade e globalização não poderá escapar a esse debate. Espera-se que a postura a ser adotada privilegie um discurso constitucional calcado no homem, emancipatório e prospectivo e que a dogmática progressista da Constituição Brasileira de 1988 possa ser preservada em sua essência.

O caminho do direito constitucional na pós – modernidade é o de garante de uma democracia voltada a uma distribuição justa de bens materiais e culturais.

Postula-se neste ensaio a defesa intransigente do núcleo duro da Constituição e ao mesmo tempo a compreensão de que ela seja adequada ao novo tempo e aos novos postulados do mundo contemporâneo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDERSON, Perry. O Balanço do Neoliberalismo. In: SADER, Emir e GENTILI, Pablo *Pós – neoliberalism*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.
- ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização – Lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo de. *Direito e Século XXI: Conflito e Ordem na Onda Neoliberal Pós-Moderna*. Rio de Janeiro: Editora LUAM, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.
- CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida, Una Aproximación Histórico – Teórica al Estudio del Derecho y del Estado*. Madrid: Trota, 1997.
- FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MARTIN, Hans – Peter e SCHUMANN, Harald. *A Armadilha da Globalização – O assalto à democracia e ao bem - estar social*. 5.ed., São Paulo: Editora Globo, 1999.
- SALOMONI, Jorge Luis. *Teoria General de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: Editora AD-HOC, 1999.
- SOUZA SANTOS, Boaventura de. *A Globalização do Direito*. Bogotá: UNIBIBLOS, 1998.