

O DIREITO NUM CENÁRIO EM TRANSFORMAÇÃO.

José Eduardo Faria^()*

Os dois choques do petróleo ocorridos em 1973 e 1979, deflagrando uma nova crise estrutural do sistema financeiro, desorganizando o modelo econômico de inspiração social-democrata forjado no pós-guerra, provocando uma enorme recessão nos países desenvolvidos, instabilizando o comércio internacional e gerando uma revolução tecnológica com o objetivo de reduzir o impacto do custo da energia e do trabalho no preço final dos bens e serviços, põem em cheque tanto as engrenagens decisórias quanto o sistema político-jurídico do Estado-Providência. Com isso, acabam minando ainda mais o primado do equilíbrio entre os poderes e os dispositivos formais do constitucionalismo liberal clássico. Dado o desafio de responder a questões técnicas novas e cada vez mais complexas, o Executivo se vê obrigado a editar sucessivas normas de comportamento, normas de organização e normas programáticas que, intercruzando-se continuamente, acaba produzindo inúmeros micro-sistemas legais e distintas cadeias normativas.

Por causa dessas sucessivas transformações e dessa produção desordenada de normas jurídicas de diferentes tipos, a tradicional concepção normativista do direito como um sistema lógico-formal fechado, hierarquizado e axiomatizado, típica do constitucionalismo do século XIX, vai sendo substituída pela configuração do direito como uma organização de regras sob a forma de “rede”, dadas as múltiplas cadeias normativas, com suas inter-relações basilares aptas a capturar, pragmaticamente, a crescente complexidade da realidade sócio-econômica. Enquanto a concepção de sistema forjada pelo Estado liberal clássico faz da complitude, da coerência formal e da logicidade interna os corolários básicos da ordem legal, o sistema normativo sob forma “rede” se destaca pela extrema multiplicidade de suas regras, pela enorme variabilidade de suas fontes e pela flagrante

^(*) *José Eduardo Faria, Professor do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito USP, Pesquisador do Centro de Estudos Direito e Sociedade (CEDISO).*

provisoriamente de suas engrenagens normativas, que são quase sempre parciais, mutáveis e contingenciais.

Fruto de uma sociedade cada vez mais diferenciada, fragmentada e conflitiva e de um Estado obrigado a desempenhar tarefas múltiplas e na maioria das vezes contraditórias, esse sistema normativo emergente cresce e se consolida a partir de uma tensa e intrincada pluralidade de pretensões basicamente materiais. A distinção entre interesses privados e interesses comuns e coletivos, fundamental para a engenharia política liberal-burguesa e para o normativismo jurídico que lhe ampara como ideologia, já não se revela mais capaz de ocultar que, muitas vezes, a tutela legal de alguns é conflitante com a proteção de outros. Na medida em que esse sistema normativo parece ter um potencial ilimitado de crescimento, comportando um aumento incessante de novas regras e de novas matérias a serem objetos de regulação, a tendência é de esvaziamento da própria função de leis. Num sistema jurídico “inflacionado” por um sem número de “leis de circunstância” e “regulamentos de necessidade” condicionados por conjunturas bastante específicas e transitórias, a velocidade e a intensidade na produção de novas normas constitucionais e de leis ordinárias levam o Estado a perder a dimensão exata do valor jurídico tanto das regras que edita quanto dos próprios atos que disciplina.

Condicionado assim por dois princípios conflitantes, os da legalidade e do primado da lei (típicos do Estado liberal) e o da eficiência das políticas públicas nos campos social e econômico (típico do Estado-Providência), o Estado contemporâneo passa a agir de modo paradoxal gerando, em nome da estabilização monetária e do crescimento econômico, uma corrosiva inflação jurídica. Este tipo de inflação se traduz pelo crescimento desenfreado do número de normas, códigos e leis, de tal modo que a excessiva acumulação desses textos legais torna praticamente impossível sua aplicação de modo plenamente lógico e sistematicamente coerente, ocasionando, por consequência, a “desvalorização” progressiva do direito positivo e o impedindo de exercer satisfatoriamente suas funções controladoras, disciplinadoras e reguladoras. No limite, esse processo pode levar à própria anulação do sistema jurídico, uma vez que, quando os direitos se multiplicam, multiplicam-se na mesma proporção as obrigações; e estas, ao multiplicarem os créditos, multiplicam igualmente os deveres, num círculo vicioso cuja continuidade culminaria na absurda situação de existirem apenas devedores, todos sem direito algum. Esse é o potencial corrosivo da inflação jurídica - o risco da própria morte do direito.

Ao provocar a desvalorização do instrumental normativo que os governos têm ao seu dispor, a inflacionada legislação acima descrita tem sido um dos principais fatores responsáveis tanto pelo agravamento das tensões entre a estrutura do processo de negociações coletivas e o conflito distributivo aguçado pela crise econômica, quanto pelo crescente grau de inefetividade do poder de regulação, direção e intervenção do Estado contemporâneo. No primeiro caso, essas tensões são exponenciadas pelo fato de que, apesar dos esforços para ver suas demandas reconhecidas como direitos subjetivos e convertidas em obrigações do Estado, sindicatos, movimentos comunitários, entidades representativas, associações religiosas e corporações muitas vezes vêem suas conquistas formalmente consagradas em textos legais reduzidas a pó, ou seja, esvaziadas por um sistema jurídico que, de tanto ter ampliado seu número de normas, torna-se pesado, ineficaz e impotente. No segundo caso, quanto mais procura disciplinar e regular todos os espaços, dimensões e temporalidade do sistema econômico, convertendo numa intrincada teia regulatória e numa complexa rede de micro-sistemas normativos esse ordenamento jurídico altamente “inflacionado” (em termos de quantidade de regras e da variabilidade de suas formas) e dotado de um formalismo meramente de “fachada” (graças ao crescente recurso do legislador aos conceitos jurídicos indeterminados, às normas programáticas e às cláusulas gerais), menos o Estado parece capaz de expandir seu raio de ação e de mobilizar os instrumentos de que formalmente dispõe para exigir respeito a suas ordens.

A corrosiva deterioração da organicidade de seu sistema jurídico, o colapso do constitucionalismo e o fenecimento do equilíbrio entre os poderes não são, contudo, as únicas facetas da erosão da efetividade e da autoridade do Estado contemporâneo. Com o fenômeno da globalização econômica decorrente da revolução tecnológica gerada pelos dois choques do petróleo (e simbolicamente exponenciado pela queda tanto do muro de Berlim quanto das ditaduras do Leste-Europeu), vão surgindo outras importantes rupturas institucionais nas estruturas jurídicas e políticas legadas pelo Estado liberal, no século XIX, e pelo Estado Providência, no século XX. Entre as rupturas mais importantes podem ser destacadas as seguintes:

1- mundialização da economia, mediante a internacionalização dos mercados de insumo, consumo e financeiro, rompendo com as fronteiras geográficas clássicas e limitando crescentemente a execução das políticas cambial, monetária e tributária dos Estados nacionais;

2- desconcentração do aparelho estatal, mediante a descentralização de suas obrigações, a desformalização de suas responsabilidades, a privatização de empresas públicas e a “deslegalização” da legislação social;

3- internacionalização do Estado, mediante o advento dos processos de integração formalizados pelos blocos e pelos tratados de livre comércio e a subsequente revogação dos protecionismos tarifários, das reservas de mercado e dos mecanismos de incentivos e subsídios fiscais;

4- desterritorialização e reorganização do espaço da produção, mediante a substituição das plantas industriais rígidas surgidas no começo do século XX, de caráter “fordista”, pelas plantas industriais “flexíveis”, de natureza “toyotista”, substituição essa acompanhada pela desregulamentação da legislação trabalhista e pela subsequente “flexibilização” das relações contratuais;

5- fragmentação das atividades produtivas nos diferentes territórios e continentes, o que permite aos conglomerados multinacionais praticar o comércio inter-empresa, acatando seletivamente as distintas legislações nacionais e concentrando seus investimentos nos países onde elas são mais favoráveis;

6- expansão de um direito paralelo aos dos Estados, de natureza mercatória (“lex mercatória”), como decorrência da proliferação dos foros descentralizados de negociações estabelecidos pelos grandes grupos empresariais.

O denominador comum dessas rupturas é, como se vê, o gradativo esvaziamento da soberania e da autonomia dos Estados nacionais nos dias de hoje. Por um lado, o Estado já não pode mais almejar regular a sociedade civil nacional por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais, dada a crescente redução de seu poder de intervenção, controle e direção. Por outro lado, é obrigado a compartilhar sua soberania com outras forças que transcendem o nível nacional. Ao promulgar suas leis, portanto, os Estados nacionais são obrigados a levar em conta o contexto internacional para saber o que podem regular e quais de suas normas serão efetivamente respeitadas. A consequência desse processo acaba sendo paradoxal: ao mesmo tempo em que se observa um movimento de internacionalização dos direitos nacionais, também se constata a expansão de normas privadas no plano infra-nacional,

na medida em que cada organização empresarial sindical e corporativa cria as regras de que necessita e jurisdiciza as áreas que mais lhe interessam, segundo suas conveniências.

Incapaz de assegurar uma efetiva regulação social, impotente diante da multiplicação das fontes materiais de direito e sem condições de deter a diluição de sua ordem normativa pelo advento de um efetivo pluralismo jurídico, o Estado contemporâneo - e, com ele, a idéia tradicional da Constituição - encontra-se em crise de identidade. Essa crise pode ser vista a partir de sua flagrante inaptidão estrutural com relação a fatos sociais complexos, que exigem do setor público a instrumentalização de um número cada vez maior de mecanismos de decisão e controle para assegurar o cumprimento de suas funções básicas. Tal inaptidão estrutural se expressa sob a forma daquilo que a sociologia jurídica alemã contemporânea tem chamado de “trilema regulatório”, ou seja, um tríptico dilema formado (a) pela progressiva indiferença recíproca entre o direito e a sociedade, (b) pelo desprezo de certos segmentos sócio-econômicos às regras do direito positivo e (c) pela crescente autonomia das organizações empresariais com relação aos Estados nacionais. Vejamos, ainda que rapidamente, as principais características de cada um desses dilemas.

O primeiro dilema decorre do fato de que, por causa do alto grau de diferenciação estrutural e funcional das sociedades contemporâneas, cada sub-sistema social tenderia a respeitar basicamente as regras forjadas em seu interior e a desprezar as normas jurídicas emanadas do poder central do Estado. Ou seja: quanto mais complexos são os sistemas sociais, menor seria a autoridade institucional do Estado em termos de controle direto das inúmeras interações entre indivíduos, grupos, classes e coletividades. Já o segundo dilema decorre do fato de que, por causa de sua dimensão cada vez mais teleológica e de sua natureza altamente especializada, o direito positivo tenderia a tratar com categorias excessivamente “particularizantes” as relações sociais básicas, destruindo sua autenticidade e minando sua identidade. Ou seja: quanto mais esse direito positivo substitui suas tradicionais normas abstratas, genéricas e impessoais por normas bastante técnicas e específicas, mais ele comprometeria as relações vitais da assim chamada Lebenswelt, que constituem a espinha dorsal de uma dada sociedade. Por fim, o terceiro dilema advém do fato de que, por causa da alta mobilidade social e das profundas mudanças ocorridas nos sistemas político-administrativo e sócio-econômico, um direito positivo de caráter cada vez mais “finalístico” acabaria sempre enfrentando problemas de racionalidade sistêmica. Ou seja: quanto mais esse direito positivo multiplica suas normas e

leis específicas para intervir “tecnicamente” na dinâmica de uma sociedade heterogênea e complexa, menor seria sua coerência interna e sua organicidade, o que revelaria, com o tempo, sua progressiva incapacidade de dar conta das tensões e dos conflitos sociais a partir de um conjunto minimamente articulado de “premissas decisórias”.

Eis aí, nesse contexto de “inter-legalidades” gerado pelos diferentes poderes, procedimentos e valores das organizações empresarial, sindical ou corporativa, o desafio dos meios jurídicos frente à reforma da Constituição. O problema não é impedi-la, mas isto sim, permitir que, em nome da inexorabilidade das rupturas acima mencionadas e das mudanças institucionais a serem feitas para adaptar o país às suas conseqüências, sejam revogadas importantes conquistas democráticas no âmbito do direito social (entre outros). Para tanto, é preciso ter consciência do esgotamento da engenharia política liberal-clássica e da necessidade de uma racionalidade normativa nova, forjada a partir da percepção de que as relações sociais condicionadas pela interconexão entre as organizações complexas hoje exigem do Estado uma série de papéis originais de intermediação que só podem ser exercidos eficientemente com a colaboração delas; portanto, uma racionalidade normativa responsável por uma legislação mais pragmática, apta a renunciar à regulação minudente e exaustiva dos processos sociais, voltando-se menos à consecução dos resultados concretos (mediante a regulação “padronizadora” e “tipificadora” dos comportamentos individuais) e mais à coordenação das diferentes formas de legalidade surgidas e desenvolvidas no interior dos vários sub-sistemas sociais.

O que é preciso é um direito capaz de assegurar um mínimo de governabilidade, por parte do Estado, e de neutralizar a natural propensão das organizações empresariais, sindicais e corporativas situadas nos setores estratégicos da economia de agir de modo “imperialista” sobre os demais: um direito reformulado na sua concepção arquitetônica e nos seus procedimentos, e cujas regras, à semelhança das normas e quase-normas utilizadas pelo direito internacional com vistas à coexistência e cooperação entre as nações, sejam capazes de servir como técnicas de gestão e neutralização das tensões, incertezas, contingências e indeterminações sempre presentes em todo processo social, econômico e político; um direito em condições de promover o ajuste ou acoplamento estrutural (“structural coupling”) da pluralidade de sistemas jurídicos diferenciados e de seus respectivos “espaços sócio-legais”, com seu impacto social, cultural e institucional altamente diversificado em termos setoriais locais, regionais e setoriais; em suma, um direito preparado para assegurar o equilíbrio inter-

organizacional, garantindo um mínimo de governabilidade ao Executivo e neutralizando a natural propensão dos grupos situados nos setores estratégicos da economia e da política de agir de maneira “colonizante” sobre os demais. Daí, para concluir, a importância de se também repensar doutrinariamente algumas das categorias básicas da política (como a regra de maioria, a soberania nacional e ordem jurídico-constitucional enquanto um sistema formal, fechado e hierarquizado) a partir de paradigmas sensíveis tanto à tendência das organizações complexas à autonomia, na proporção direta de sua capacidade de mobilização, confronto e barganha, quanto à emergência de novos institutos legais especialmente voltados aos setores sociais marginalizados e oprimidos - aqueles que, excluídos do novo paradigma tecnológico industrial por falta de qualificação profissional, não dispõem de condições mínimas de se integrar no processo de modernização econômica liderado por essas organizações.