

A FUNÇÃO SIMBÓLICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

Nelson Camatta Moreira²

A maestria moderna é o poder de dividir, classificar e localizar – no pensamento, na prática, na prática do pensamento e no pensamento da prática. Paradoxalmente, é por essa razão que a ambivalência é a principal aflição da modernidade e o mais preocupante de seus cuidados. A geometria mostra como seria o mundo se fosse geométrico. Mas o mundo não é geométrico. Ele não pode ser comprimido dentro de grades de inspiração geométrica (ZIGMUNT BAUMAN).

Resumo: Na pesquisa bibliográfica realizada e no raciocínio desenvolvido ao longo do texto, intenta-se analisar os direitos humanos e a sua correlação com o Estado na pós-modernidade. Nesse *iter*, torna-se imprescindível o diagnóstico acerca das transformações e crises do modelo jurídico que ainda segue fortemente marcado pelo Estado. Todavia, diante de inúmeros abalos sofridos por esta *Organização Estrutural* – que ainda se mantém como a mais importante instituição da modernidade – causados principalmente pelo fenômeno da globalização (em seus diferentes perfis), o direito contemporâneo se mostra insuficiente diante de tanta complexidade. Isso ocorre porque o paradigma jurídico ainda segue atrelado a uma racionalidade insatisfatória, na medida em que nega a diferença e abomina os paradoxos. Portanto, a fim de oferecer contributos para a construção de um Direito mais coerente com o *veloz* século XXI, com aporte na teoria pragmático-sistêmica, intenta-se, no artigo subsequente, apresentar uma observação dos direitos humanos

(fundamentais) com base nesse novo paradigma como matriz teórica do Direito. Nesse sentido, como canal privilegiado de discussão dos paradoxos da pós-modernidade, aborda-se a função dos direitos fundamentais, a sua relação com o Estado, bem como a importância da democracia como mecanismo para a manutenção da abertura das possibilidades de sentido dos direitos humanos.

Palavras-Chave: Direitos fundamentais. Teoria pragmático-sistêmica. (Pós) modernidade. Democracia.

Abstract: In the bibliographical research carried out and in the reasoning developed along of the text, one attempts to analyze the human rights and its correlation with the State in the pos-modernity. In this *iter*, it becomes vital the diagnosis around the transformations and crisis of the legal model that is still strongly sealed by the State. However, due to countless commotion suffered by this *Structural Organization* – that yet one keeps as the most important institution of the modernity – caused mainly by the globalization phenomenon (in its different profiles), the contemporaneous law reveals itself insufficient in the face of such complexity. This happens because the legal paradigm is still clung to an unsatisfactory reasoning, in the measure that it denies the difference and abominates the paradox. Therefore, in order to offer contributions for the construction of a more consistent right with *the fast XXI century*, based on the pragmatic-systemic theory, one attempts, in the subsequent article, present an observation of the human rights (fundamentals) based on this new paradigm as theoretical matrix of law. In this sense, as a privileged discussion channel of paradox in the pos-modernity, one approaches the function of the fundamentals rights, its relation with the State as well as the importance of the democracy as a mechanism for the maintenance of opening of possibilities of sense of the human rights.

Keywords: Fundamentals Rights. Systemic-pragmatic theory. (Post)modernity. Democracy.

INTRODUÇÃO

Na modernidade, verifica-se a vinculação do conhecimento ao modelo no qual a ciência passa a ser considerada como campo privilegiado para a revelação da verdade, fundando, assim, a matriz teórica de conhecimento mais relevante da tradição ocidental.

Esse pensamento científico, que buscava afastar o senso comum e os chamados estudos humanísticos e que teve como principais expoentes figuras como Copérnico (com sua teoria heliocêntrica dos planetas), Kepler (leis sobre as órbitas dos planetas), Galileu (teoria a respeito da queda dos corpos), Newton (síntese acerca da ordem cósmica), Bacon e Descartes (consciência filosófico-científica conferida por ambos), acabou por influenciar, principalmente a partir do século XIX, as denominadas ciências sociais emergentes.

A racionalidade científica, então resultante, passava pela fragmentação do objeto (decomposição em partes cada vez menores) e pelo estudo detalhado de suas partes. Nesse sentido, Descartes, no século XVII, merece destaque por enunciar em sua obra a separação rígida entre sujeito (mente, *res cogitans*) e objeto (matéria, *res extensa*). A ciência moderna encontrou seu lugar ideal na Matemática, de onde derivaram duas conseqüências principais, quais sejam: a) o conhecimento significa quantificação; b) o método científico se assenta na redução da complexidade do mundo. Com isso, o método utilizado pelo ser (*pensante*) de Descartes, “[...] que ensina a seguir a verdadeira ordem e a enumerar exatamente todas as circunstâncias do que se procura, contém tudo o que dá certeza às regras da aritmética” (DESCARTES, 1989, p. 89).

No âmbito epistemológico, os métodos e procedimentos para conhecer a sociedade são exatamente os mesmos que são utilizados para conhecer a natureza. A metodologia das ciências sociais, portanto, tem que ser idêntica à metodologia das ciências naturais, pois que o funcionamento da sociedade é regido por leis do mesmo tipo das da natureza. A essa observação sobre o cognoscitivismo metódico, associa-se a característica que parece ser a mais importante para a relação entre o paradigma cientificista moderno e a noção positivista do Direito: o modelo de objetividade científica. Segundo esse modelo, explica Lövy, o cientista social deve estudar a sociedade com o mesmo espírito objetivo, neutro, livre de juízo de valor, livre de quaisquer

ideologias ou visões de mundo, exatamente da mesma maneira que o físico, o químico, o astrônomo. Em suma, a concepção positivista pode ser entendida como aquela que afirma a necessidade e a possibilidade de uma ciência social completamente desligada de qualquer vínculo com as classes sociais, com as posições políticas, os valores morais, as ideologias, as utopias, as visões de mundo (LÖWY, 1996).

Nessa perspectiva, a então “fascinante” visão cientificista do mundo atingiu as incipientes ciências sociais do século XIX. No caso do Direito, o hermetismo cientificista também contribuiu para o “apri-sionamento temporal do campo jurídico”, na medida em que estatuiu uma maneira de se pensar/aplicar o Direito com vistas para o passado, numa lógica do precedente. Nesse sentido, Bourdieu (2002) afirma que o pensamento e a ação jurídica ligam continuamente o presente ao passado e dão garantia de que, salvo revolução capaz de pôr em causa os próprios fundamentos da ordem jurídica, o porvir será a imagem do passado e as transformações e as adaptações inevitáveis serão pensadas e ditas na linguagem da conformidade com o passado.

No século XX, constata-se o *declínio* desse *modelo científico*, consagrado a partir do século XVI. Dentre as principais condições teóricas dessa derrocada, pode-se mencionar: a) a teoria da relatividade de Einstein (revolucionária em relação às concepções newtonianas de espaço e tempo); b) a mecânica quântica de Heisenberg e Bohr; c) os teoremas de Gödel, que contestam os fundamentos da matemática, até então, emblemáticos para as ciências; d) por fim, a quarta condição refere-se aos diversos progressos do conhecimento no âmbito da Física, da Química e da Biologia, no último século, nos quais se destacam nomes como Prigogine, Haken, Maturana, Varela, dentre vários outros (SANTOS, 2002).

Diante desse quadro *revolucionário* do século XX, como conclusão, Boaventura de Sousa Santos (2002) aduz que, depois da euforia cientificista do século XIX e da conseqüente aversão à reflexão filosófica, bem simbolizada pelo positivismo, chega-se ao fim do século XX com o desejo de se completar o conhecimento das coisas com o conhecimento que se tem do conhecimento das coisas, isto é, com o conhecimento de si mesmo; e, além disso, as preocupações que antes diziam respeito apenas aos horizontes de sociólogos passaram, também, a fazer parte da reflexão epistemológica, tais como: a análise das condições sociais,

dos contextos culturais, dos modelos organizacionais da investigação científica. Como consequência disso, questiona-se o conceito de lei e o conceito denexo de causalidade que lhe está associado. Para Prigogine (1996), as leis naturais deixam de tratar de certezas morais e passam a ser consideradas possibilidades.

Novos paradigmas reconhecem que todas as concepções e todas as teorias científicas são limitadas e aproximadas, nunca podendo oferecer uma compreensão completa e definitiva do mundo (CAPRA, 2001). A partir de constatações como essa, propostas e teorias vêm sendo elaboradas ao longo do século XX: a teoria sistêmica utilizada por Capra na Física, por Maturana e Varela na Biologia e por Luhmann na Sociologia Geral e Jurídica e a teoria hermenêutica de Heidegger e Gadamer no âmbito filosófico, para citar bons exemplos.

Ainda no século XX, com intensificação em suas últimas décadas, reconhecem-se tormentosos abalos que marcam a sociedade, 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 de diversos processos, por exemplo, o 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.

Vivencia-se, cada vez mais, na sociedade contemporânea, uma *complexidade*, na qual as possibilidades de escolhas são sempre maiores do que se podem efetivamente realizar. Além disso, essas mesmas possibilidades têm grandes chances de não se concretizarem: trata-se de um elemento *contingente*, determinando aquilo que se pode chamar de *reflexidade social*.³

Como mais um elemento complicador, o Estado, principal instituição da modernidade, visto até então como o guardião da “segurança” e “certeza” jurídicas, passa a ser entendido como um paradoxo: por um lado, é considerado um entrave para a expansão do *neoliberalismo*, em sua escala global;⁴ por outro, segue como a “tábua de salvação”, como garantidor dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, a soberania *é e não é* mais o grande símbolo do poder jurídico-político estatal.

Com isso, as dúvidas que se levantam, e que consistem no objeto do texto subsequente, gravitam em torno da(s) possibilidaes(s) de

se pensar os direitos humanos e fundamentais⁵ no início do século XXI. Quais diagnósticos e matrizes teóricas possibilitariam uma observação privilegiada de tal problemática e que ainda não foram refutadas pela acentuada contraprodução do discurso de certeza, racionalidade e progresso?

Partindo-se desses problemas, a hipótese que se pretende desenvolver gira em torno da necessidade de revisão do paradigma jurídico moderno e a sua necessária transformação/adequação diante da complexidade social contemporânea. Para tanto, busca-se observar os direitos humanos, levando-se em consideração a noção de *diferença* na construção de seus (novos) sentidos na contemporaneidade.

Para se traçar o diagnóstico do paradigma jurídico da modernidade, num primeiro momento, o texto traz a (necessária) leitura weberiana do Direito a partir da noção de Estado. Esse panorama inicial é fundamental para se entender a relação atribuída, na modernidade, entre direitos humanos e Estado. Posteriormente, enfoca-se a crise do Estado no século XX, principalmente à luz dos abalos sofridos em face do movimento de globalização e as suas conseqüências em relação aos direitos humanos. Diante desses diagnósticos, finalmente, o texto enfoca a função simbólica dos direitos humanos na contemporaneidade, partindo da idéia de *diferença*, entendida, por sua vez, como de suma importância para se alcançar uma lógica do sentido dos direitos fundamentais. Pois, segundo Deleuze (2006, p. 26):

O acontecimento subsiste na linguagem, mas acontece às coisas. As coisas e as proposições acham-se menos em uma dualidade radical do que de um lado e de outro de uma fronteira representada pelo sentido. Esta fronteira não os mistura, não os reúne (não há monismo tanto quanto não há dualismo), ela é, antes, a articulação de sua diferença.

Assim, no caminho percorrido, propõe-se um repensar dos direitos humanos com base numa matriz transdisciplinar que possibilita efetuar uma observação do papel desses direitos num contexto democrático e altamente complexo que envolve sociedade, Estado e direitos fundamentais.

1 O PARADIGMA JURÍDICO A PARTIR DA NOÇÃO DE ESTADO NA MODERNIDADE

Na esteira do pensamento weberiano, pode-se afirmar que só o Ocidente conhece o Estado no sentido moderno, com uma administração profissional, um funcionalismo especializado e um direito baseado no conceito de cidadania. Só o Ocidente conhece o direito racional, elaborado por juristas e racionalmente interpretado e aplicado (WEBER, 1999). Ao contrário de outras formas de dominação política, como a carismática ou a tradicional, a dominação jurídica formal é constituída por um Direito racional. As principais características do Direito racional moderno, então, tal como ele se desenvolveu no Ocidente, durante o século XIX, são o cientificismo e o estatismo (LAFER, 1988).

Na perspectiva do Estado de direito, verifica-se que a dominação jurídica racional é legitimada pelo sistema racional de leis, universais e abstratas, emanadas do Estado, que presidem a uma administração burocratizada e profissional e que são aplicadas a toda a sociedade por um tipo de justiça baseado numa racionalidade lógico-formal.

O paradigma (pre)dominante no campo jurídico moderno, sedimentado no estatismo e no cientificismo, aponta, portanto, um Direito dogmático, em que convergem uma matriz epistemológica (saber), uma matriz política (poder) e diversos processos a ambas relativos. Dessa forma, ele é tributário tanto do discurso cientificista quanto do discurso estatalista-legalista do século XIX, encontrando-se geneticamente vinculado à promessa epistemológica de edificação de uma “Ciência do Direito” (ANDRADE, 2003).

Antes de se adentrar na análise acerca das características constatadas por Weber, é fundamental esclarecer dois termos que serão recorrentes no desenvolvimento do presente texto. O primeiro delineamento se refere ao termo paradigma, ora empregado no sentido de Thomas S. Kuhn, que, em síntese, o definiu como “[...] aquilo que os membros de uma comunidade científica partilham. E, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que compartilham um paradigma” (KUHN, 2001, p. 219).⁶ Em outras palavras, Faria (1988, p. 22) afirma que

[...] do mesmo modo como um paradigma é uma crença partilhada pelos membros de uma comunidade científica, uma comunidade científica é um conjunto de homens reunidos em torno de um paradigma. Tal consenso, por sua vez, não depende de que as proposições científicas proporcionem uma visão indiscutível da contextura íntima do real, mas, sim, de que sua elaboração tenha sido orientada por critérios de demarcação autoritariamente prevalentes no âmbito dessa comunidade.

O segundo delineamento refere-se à noção de *campo jurídico*, que, de acordo Dezalay e Trubek, baseados na noção concebida por Bourdieu, se constitui em um conjunto de todas as personagens (praticantes, aplicadores da lei, guardiães da doutrina, educadores, reguladores morais) que fazem, interpretam e aplicam a lei, transmitem conhecimentos jurídicos e socializam jogadores que se encontram no jogo do campo (DEZALAY; TRUBERK, 1998),⁷ no interior do qual os conflitos lhe dão dinamismo, mas também o mantêm, como um campo: os jogadores em competição é que disputam entre si, mas não o campo em si mesmo; a disputa, portanto, reafirma e ainda fortalece o campo. Todos os jogadores num campo jurídico têm determinado conjunto de disposições que orientam suas ações (STRECK, 2001, p. 60).

Retomando-se o diagnóstico do paradigma jurídico moderno, verifica-se que tanto a emergência e a consolidação do Estado quanto as mudanças estabelecidas no âmbito científico, em decorrência do delineamento do paradigma da ciência moderna, marcado pelo racionalismo e pelo empirismo, foram decisivos para a constituição da moderna “ciência jurídica”. As bases constitutivas do saber jurídico emergente se atrelavam às exigências de legitimação da violência estatal centralizada, bem como às necessidades de racionalização do poder político, objetivando consolidar os ideais de segurança e certeza jurídicas indispensáveis aos anseios do capitalismo nascente.

Nesse sentido, o Iluminismo e o Racionalismo, ao convergirem, determinam o modelamento de uma ciência jurídica erigida sobre os pilares da autoridade e da razão, que culminam no movimento de codificação e nos postulados da chamada Escola da Exegese. Consolida-se, destarte, uma concepção rigidamente estatal do Direito que, sob a égide do respeito ao princípio da autoridade (do Estado),⁸ buscava

cristalizar os atributos da unidade, centralidade, sistematicidade, coerência, simplificação e racionalidade para o saber jurídico. Nesse passo, os dogmas da completude do ordenamento, da onipotência do legislador e do juízo avalorativo na interpretação legal traduzem a obsessão pela segurança, pela certeza e pela previsibilidade, que apenas um ordenamento jurídico hermético e auto-suficiente, isto é, livre de lacunas e antinomias, poderia proporcionar.

Indubitavelmente, na emergência da modernidade, o objetivo do Estado Moderno, em sua primeira versão, como Estado Absolutista, foi criar e estabelecer, diante do pluralismo da sociedade ascendente, um padrão objetivo de solução dos conflitos (a lei) para uma sociedade cujo relativismo valorativo poderia levá-la à dissolução. Assim, como comando imperativo do Soberano, a lei aparece como fonte objetiva de dissolução das controvérsias e como resposta institucional às incertezas da sociedade de mercado nascente. Mais tarde, com o Estado Liberal, o valor dado à segurança atinge um patamar ainda mais elevado. O Estado, por meio de sua legalidade, fornece proteção não apenas contra a ação dos outros indivíduos, mas, acima de tudo, contra as investidas de seu próprio poder. Todo o poder do Estado passa a ser, nesse momento, uma competência jurídica, impondo o condicionamento jurídico do poder de criação do Direito.⁹

Tal processo de positivação do Direito marca, de forma decisiva, a constituição do saber jurídico como saber estritamente dogmático.¹⁰ É, sobretudo, no limiar do século XIX, principalmente a partir do surgimento do Código Civil napoleônico, que se estabelecem as grandes linhas mestras da dogmática jurídica, herdeira da *jurisprudencia* romana, da exegese medieval à época dos glosadores e do método sistemático do racionalismo moderno. Herda-se do Direito romano a *ratio scripta* (razão escrita), que, pela sua capacidade espetacular de abstração e generalização de expectativas, traz ao Direito ares de uma razão universal na medida em que a idéia de uma regulação abstrata permite-lhe (ao Direito) assumir a forma de um programa decisório, em que são formuladas as condições para uma decisão correta. Do modelo exegético medieval extrai-se a idéia de um princípio centralizador (soberania divina) que assegura a dogmaticidade do pensamento jurídico e a sua dedução lógica, por meio de uma análise técnica caracterizada pela glosa gramatical e filológica. Do raciona-

lismo emerge o fenômeno da dessacralização do Direito, na medida em que a necessidade de rompimento com a tradição medieval exigia uma ciência jurídica estruturada a partir de um conhecimento sistemático, rigoroso, observável e verificável, tal qual o modelo das ciências naturais (FERRAZ JÚNIOR, 1994).

Ainda sobre o diagnóstico desse processo de *positivação do Direito*, precisas são as palavras de Luhmann (1983, p. 230), ao afirmar:

Só no século XIX que o estabelecimento do direito torna-se uma questão de rotina do Estado enquanto legislação. Um enorme e crescente volume de leis é tido por necessário e é produzido. A matéria do antigo direito não só devido à praticabilidade no uso em tribunal e à facilidade de aplicação, mas também para caracterizá-la como estatuída, modificável e de vigência condicionada, com que se garante agora a racionalidade do direito.

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 como “dominação legal” ou “dominação racional-legal”, uma vez que todo poder, na sua titularidade e no seu exercício, está fundado em uma lei (WEBER, 1999).

A lei é considerada, então, 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 (WEBER, 1999).

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 (HABERMAS, 1992).

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 (KELSEN, 1984).

Em Kelsen (1984), já no século XX, esse modelo liberal-positivista vai encontrar a sua proposta de estágio ótimo, 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 kelseniano¹¹ 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, naturais e sociais.

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”.

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 (1995, p. 136-137) afirma:

*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.*¹²

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. Na hermenêutica, nas palavras de Warat (1994), a atividade interpretativa, tanto em seu momento teórico quanto no 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” (WARAT, 1994, p. 53).

Desse arcabouço teórico acerca da teoria jurídica na modernidade, que apresenta o Direito e o Estado fortemente ligados *por meio de uma dinâmica chamada normativismo*, parte-se para um segundo momento deste capítulo, no qual se depreende a construção normativa dos direitos fundamentais.

2 O ESTADO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado, na modernidade, se identifica como um “Estado protetor”. No século XIX, essa proteção apresentou-se com um perfil “[...] minimalista da garantia generalizada da sobrevivência” com um modelo de Estado liberal que deixou “[...] à esfera privada as condições materiais de sobrevivência”. Por outro lado, no século XX, as pretensões do Estado se alargaram, “[...] na medida em que ele toma a seu cargo, para além da sobrevivência, a garantia de uma certa qualidade de vida” (Estado-providência ou Estado social). Assim, esclarece François Ost (1999, p. 336-337), buscando a efetivação

[...] das promessas de liberdade e de igualdade para todos, o Estado social pretende dominar os principais riscos sociais, impondo a segurança generalizada. Nunca a solidariedade voluntarista terá sido levada tão longe, nunca a confiança no futuro – um futuro balizado pela ciência, obrigado pela lei e garantido por um contrato de seguro mútuo – terá sido tão forte (OST, 1999, p. 336-337).

Nessa perspectiva, a preocupação com os direitos do homem passa a ocupar um lugar de destaque para os Estados, ou seja, juntamente com o processo de normatização do Direito, descrito alhures, aparece a preocupação com a afirmação normativa dos direitos fundamentais, consagrados pelas Constituições e pelos tratados internacionais, culminando, a partir da segunda metade do século XX, com o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH).¹³ Esses direitos, vistos como *imemoriais*, devem ser recordados mais que promulgados. Além disso, os direitos fundamentais apareceram na modernidade, principalmente na metade do século XX, como *requestionamentos* de determinadas atos (atrocidades) que marcaram o convívio humano.¹⁴ A partir desse *requestionamento*, como sugere Ost, é possível *ligar* o futuro.¹⁵ Na modernidade, portanto, a noção de direitos fundamentais está imbricada com a atuação estatal, seja negativa (abstenseísta), seja positiva (promovedora).

Diante disso, 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.

O processo de positivação dos direitos humanos – assim como se deu com o Direito, na modernidade – coincidiu com a expansão dos ideais propagados a partir, principalmente, das Revoluções Burguesas do século XVIII, que, por sua vez, marcaram o surgimento do Constitucionalismo moderno, bem como a pretensão *universalizante* dos direitos humanos.

Todavia, a célebre proposta de universalização dos direitos fundamentais – com base na idéia de *dignidade humana*, tão propagada por discursos jurídico-político-filosóficos e tão discutida teoricamente nos mais diversos âmbitos do conhecimento (filosófico, sociológico, jurídico, dentre outros) –, mais do que nunca, esbarra em importantes fatores que compõem uma complexidade e que não podem ser desprezados em qualquer análise mais cuidadosa que se intente empreender.

Assim, dentre as inúmeras (talvez infindáveis) possibilidades¹⁶ de discussão que se pode empreender a partir desse diagnóstico preliminar,

buscar-se-á, subseqüentemente, relacionar os direitos humanos e a democracia numa forma de sociedade globalizada. Antes desse enfrentamento, seguem algumas críticas sobre o modelo jurídico dominante.

3 A CRISE DO ESTADO CONTEMPORÂNEO E A INSUFICIÊNCIA DO MODELO JURÍDICO PREDOMINANTE

No transcurso de sua história, o Estado, erigido como tal a partir do século XVI, viu-se envolto em um largo processo de consolidação e transformações, passando, nos dias de hoje, para alguns (FARIA, 1999), por uma longa desconstrução/exaustão e, para outros (BAUMAN; ZAGREBELSKY, 2003), por uma necessária refundação diante das várias crises interconectadas.¹⁷

Por hora, considerando-se aquilo que interessa na presente pesquisa, dentre os abalos sofridos pelo Estado moderno, destaca-se o provocado pela globalização: um fenômeno complexo que vem *tensionando* a noção básica de soberania – “[...] entendida originariamente como situação eficiente de uma força material empenhada em construir e garantir sua supremacia e unidade na esfera política” (ZAGREBELSKY, 2003, p. 10) – ao máximo, fazendo com que ela devesse (deva) ser repensada e redimensionada.

Ainda com a globalização, especialmente em suas facetas econômica e tecnológica, aduz Bauman (2003), citando Paul Virilio, que a soberania territorial perdeu quase toda a substância e boa parte de sua atração, pois, na medida em que cada ponto pode ser alcançado e abandonado no mesmo instante, a posse permanente de um território, com seus deveres e compromissos de longo prazo, transforma-se em um passivo e se torna um peso e não mais um recurso na luta pelo poder (BAUMAN, 2003). Assim, pode-se afirmar que a união entre a Nação e o Estado, sustentáculo fundante da soberania, não pode ser mais vista como um conceito sólido. Talvez Bauman (2001, p. 212) esteja com a razão quando afirma:

O romance secular da nação com o Estado está chegando ao fim; não exatamente um divórcio, mas um arranjo de ‘viver juntos’ está substituindo a consagrada união conju-

gal fundada na lealdade incondicional. Os parceiros estão agora livres para procurar e entrar em outras alianças; sua parceria não é mais o padrão obrigatório de uma conduta própria e aceitável. [...] Parece haver pouca esperança de resgatar os serviços de certeza, segurança e garantias do Estado. A liberdade da política do Estado é incansavelmente erodida pelos novos poderes globais providos das terríveis armas da *extraterritorialidade*, velocidade de movimento e capacidade de evasão e fuga.

‘A economia’ – o capital, que significa dinheiro e outros recursos necessários para fazer as coisas, para fazer dinheiro e mais coisas – move-se rápido; rápido o bastante para se manter permanentemente um passo adiante de qualquer Estado (territorial, como sempre) que possa tentar conter e redirecionar suas viagens [...]. A ‘globalização’ nada mais é que a extensão totalitária de sua lógica a todos os aspectos da vida. Os Estados não têm recursos suficientes nem liberdade de manobra para suportar a pressão – pela simples razão de que ‘alguns minutos bastam para que empresas e até Estados entrem em colapso’ (BAUMAN, 1999, p. 63 e 73).

Com as afirmações apresentadas acima, não se quer induzir a conclusão de que o Estado-nação não desempenhe mais funções relevantes na nova ordem internacional, nem que a soberania estatal, na sua face voltada para o plano interno, tenha deixado de existir, mas o que, seguramente, se pode afirmar é que o modelo tradicional apresentado a partir do século XVI vem sofrendo impactos altamente contundentes e deformadores em seu percurso histórico, em especial, a partir da segunda metade do século XX. Em outras palavras, resume-se a crise como um fenômeno que não pode ser ignorado, mas que, ao mesmo tempo, não faz desaparecer o poder e, sim, uma determinada forma de organização do poder, que teve seu ponto de força no conceito político-jurídico de soberania (MATTEUCCI, 2000, p. 1179-1188).

O Estado-providência (assistencial), com sua promessa de equilíbrio entre a liberdade e a igualdade, entrou em crise. Como diagnóstica Ost (1999, p. 337),

[...] a sociedade assistencial desagrega-se, a ciência e a lei são atingidas pela dúvida, o mercado e a privatização

trionfam, ao mesmo tempo que o medo regressa. A 'sociedade do risco' toma então o lugar do Estado-providência, e volta-se a falar de segurança em vez de solidariedade. É que o risco assume um outro rosto e uma outra escala, iludindo os instrumentos clássicos de prevenção.

O modelo de sociedade solidária, que deveria interagir com o Estado-providência, para que este pudesse cumprir as suas promessas, não se sustentou (ou, na verdade, sequer foi implementado) na modernidade ocidental.¹⁸ Vale agora a lógica de uma sociedade individualista e, paradoxalmente, globalizada. De acordo com Rocha (2004, p. 45),

A transnacionalização é a união de dois pólos espaciais inconciliáveis na lógica tradicional: o local e o universal. Para muitos, pareceria a recuperação da dialética, porém não se trata da possibilidade de nenhuma síntese. Trata-se da produção da simultaneidade entre a presença e a ausência que somente é possível devido a sua impossibilidade. Este paradoxo é constitutivo da nova forma de sociedade que começamos a experimentar, e, nesse sentido, é um convite a reinventar, uma vez mais, o político e o Direito.

Quando se ingressa numa sociedade globalizada (transnacionalizada ou pós-moderna), “[...] o problema é o fato que qualquer perspectiva mais racionalista ligada ao normativismo e ao Estado se torna extremamente limitada. Não se pode assim continuar mantendo uma noção de racionalidade no Direito ao se insistir no ideal kelseniano” (ROCHA, 2001, p. 117-137).

A perspectiva normativista, delineada nos itens anteriores, engessa as possibilidades de decisão numa sociedade extremamente complexa, marcada pela incerteza e pela ausência de definições absolutas. O problema do Direito “[...] é que ele é uma estratégia de imposição de certos valores consagrados que se quer que se repitam empiricamente em situações semelhantes no futuro” (ROCHA, 2001, p. 130). A dogmática jurídica, como esse arcabouço teórico construído desde o passado, tem a pretensão de alcançar soluções para todos os conflitos a partir de valores institucionalizados.

Daí se nota que o Direito possui sua existência vinculada ao tempo, estando ambos relacionados com a sociedade. O problema está na falta de sincronia entre o tempo e o Direito *estatista* em face dos acontecimentos de uma sociedade globalizada. O paradigma jurídico moderno não é capaz de atender às inúmeras contingências dessa forma de sociedade.

Porém, como adverte Rocha (2004, p. 46), “[...] o Estado ainda detém o monopólio em muitas questões-chave da sociedade, dificultando as análises simplistas que afirmam o seu desaparecimento. O Estado continua existindo, ao lado de outras organizações, caracterizando mais um paradoxo, é soberano e não-soberano”.

Em face desse paradoxal cenário de crises e insuficiências, no qual o Estado (ainda) sobrevive, qual seria, então, a função dos Direitos fundamentais? A seguir, empreender-se-ão observações considerando-se como possibilidades o Estado, os direitos fundamentais e a democracia na complexa era da globalização.

4 ESTADO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO

A dinâmica de uma sociedade complexa exige uma observação também complexa. Partindo-se da concepção de que inexistente o melhor ponto de observação e que este depende do observador, não se pode aceitar uma posição absoluta ou mesmo pontos de vista entendidos como únicos aceitáveis, capazes de conduzir a certezas transcendentais.

Os direitos fundamentais, entendidos, em seu “nascidoiro”, como último fundamento de existência, como verdadeiras conquistas em face do Estado, na contemporaneidade, paradoxalmente, assumem o papel de último fundamento de existência do Estado. Este, impactado pela globalização e enfrentando crises multifacetadas, conforme visto, já não é mais o centro “absoluto” de organização política. Isso acaba operando uma perda de racionalidade no programa do Direito elaborado pelo próprio Estado. Nesse sentido, “[...] em muitas questões jurídicas o Poder Judiciário em vez de simplesmente aplicar a *programação condicional*, necessita recorrer a fundamentações extra-estatais” (ROCHA, 2004, p. 46), que seriam do tipo *finalísticas*.

Tudo isso, num sentido comum¹⁹ (tradicional), poderia levar o observador a “[...] dizer que a programação condicional caracteriza um sistema fechado, e a programação finalística, um sistema aberto” (ROCHA, 2004, p. 47). Esse raciocínio, segundo Rocha, é muito simplista por inserir-se numa lógica do tudo ou nada. Essa visão ainda predominante na sociologia e, em especial, no campo jurídico, nega a diferença, ou seja, nega a possibilidade autopoietica do direito como um sistema aberto “e” fechado. Sobre essa temática, Luhmann (2002) afirma que a indiscutível densidade da relação entre política e direito não justifica falar de um só sistema. Ao contrário: sua apropriada representação exige partir de duas referências diversas do sistema. Isso não exclui a possibilidade que, para um observador, determinadas operações particulares tenham um sentido político e jurídico.

Seguindo-se essa visão autopoietica do Direito, retoma-se a preocupação com os direitos fundamentais, a partir da afirmação de Luhmann, de que *a principal função dos direitos fundamentais consiste em evitar a “(des)-diferenciação” dos sistemas sociais*. Não há possibilidades de, numa sociedade plural, designar-se, por meio de uma única fórmula dogmática ou ideológica, um sistema de direitos fundamentais ou, ainda, reconduzir todos esses direitos ao princípio da dignidade humana (LUHMAN, 2002). Afasta-se, então, a busca de um fundamento absoluto e universal dos direitos humanos.

Assim, a busca por uma legitimação baseada num consenso estabilizador cede espaço para a observação de segunda ordem – “[...] ou seja, uma observação que inclua em si o sistema de observações que está observando” (ROCHA, 2005, p. 299)²⁰ – dos paradoxos dos direitos fundamentais na pós-modernidade.

A partir dessa visão, entende-se que a noção dos direitos humanos/fundamentais está intimamente ligada ao reconhecimento da diferença. Ou seja, a partir do sentido ambivalente dos direitos fundamentais, o Estado consegue ainda “sobreviver”, ligando-se ao futuro. E o futuro, “[...] por ser desconhecido, faz medo. É, pois, uma necessidade imperiosa para qualquer sociedade, pelo menos quando forja alguma idéia do amanhã, dar estatuto e tratamento a esse medo coletivo” (OST, 1999, p. 336). Por isso,

De todas as instituições jurídicas susceptíveis de obrigar o futuro, a mais importante foi, e ainda é em larga medida, o Estado, mas na condição de pensarmos como poder contínuo, e não apenas como poder soberano. A soberania vê as coisas do lado da vontade e, logo, da capacidade de se impor no instante; a continuidade institucional, pelo contrário, pressupõe a faculdade de durar para lá da mudança de pessoas e através de variações das relações de força (OST, 1999, p. 336).

Para que o Estado se mantenha, convivendo com os riscos contemporâneos, é de suma importância a presença do discurso mediador dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Claude Lefort (1991) parece ter ofertado importantes pistas para uma adequada visão dos direitos fundamentais 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-as de artifícios, que servem como verdadeiro “véu” utilizado para “[...] mascarar as relações estabelecidas nas sociedades burguesas” (MARX, 2002) –, como foi o caso, em especial, de Karl Marx, Lefort (1991, p. 52) defende a ideia 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”.

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 (LEFORT, 1991, p. 52).

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, este se tornou impotente para garantir as políticas internas de implementação e garantia dos direitos fundamentais, bem como insuficiente para defesa dos direitos humanos em face do choque provocado pela globalização neoliberal.

Em síntese, ainda com Lefort (1991, p. 54), 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”.

Isso reforça a própria idéia lefortiana de que se deve constantemente reinventar e atualizar a democracia, porque esta, como afirma Chauí (1983, p. 7), “[...] trata da criação ininterrupta de direitos, da subversão contínua de estabelecidos, da reinstituição permanente do social e do político”.

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 (ROCHA, 2003, p. 180).

Os direitos humanos, “[...] possuem um potencial simbólico de reivindicações que ultrapassa o instituído. [Eles trazem] uma ambigüidade significativa que lhes atribui simultaneamente um sentido negativo, ideológico e um positivo, reivindicador.” Assim, esses direitos podem ser entendidos como “[...] políticos enquanto canais simbólicos para a produção de novos sentidos”. Segundo Lefort, aduz Rocha (2003, p. 178), “[...] a partir do momento em que os direitos humanos são postos como última referência, o direito estabelecido está voltado ao questionamento”.

Esse caráter simbolicamente questionador dos direitos humanos, se entendido, hodiernamente, no cenário de crise descrito anteriormente, necessita de um ambiente que extrapole alguns mitos da modernidade. Dito de outra forma, não basta que novos direitos sejam reclamados em face de transformações sociais; é preciso buscar, também, abrir espaços para discussões a partir de variados pontos de vista, sobretudo com base em novos paradigmas epistemológicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a pesquisa desenvolvida e a análise da temática impressa ao longo do texto, logram-se alguns apontamentos conclusivos acerca do papel dos direitos humanos na pós-modernidade. Esses direitos, tidos basicamente pelo Estado moderno, num primeiro momento, como barreiras à sua atuação, acham-se hoje envoltos em paradoxos que envolvem a sociedade e o próprio Estado.

Como se pôde diagnosticar alhures, todo o empreendimento da modernidade – com seus ideais cientificistas e de monopólio da produção jurídica – impreterivelmente ligado à noção “absolutizada” de soberania estatal, deve, então, ser revisto, sob pena de total inocuidade do Direito, em face, principalmente, de fenômenos como a globalização neoliberal.

Tal fenômeno, paradoxal, reduziu distâncias colossais, sugeriu uma nova noção de tempo, “atropelou” soberanias, devido, basicamente, aos avanços da microeletrônica, das telecomunicações, dos transportes e também à poderosa *Lex Mercatoria* (FARIA, 2004), ofertou novas oportunidades, internacionalizando e transnacionalizando economias, propiciou uma (re)aproximação entre países, mas também contribuiu para a decadência de muitos, principalmente os periféricos. Enfim, impactou a comunidade científica e abalou as noções de Estado na modernidade.

Diante de tantas transformações, o direito, de raízes deitadas na Europa Ocidental, resumidamente caracterizado, na ótica weberiana, como científico e estatal, viu-se, contextualmente, inserido num cenário de crise, na medida em que o paradigma racional moderno, forjado, basicamente, a partir do século XV, revelou-se incapaz de acompanhar as metamorfoses contemporâneas. O Estado não é mais a única fonte de poder político; o sistema da economia causa diversos ruídos, difíceis

de serem observados por aqueles que seguem presos à racionalidade moderna; os direitos humanos, longe de serem universalizados, encontram impulsos e barreiras locais e globais.

Diante de tamanha complexidade, a problemática que se tentou enfrentar – sem a pretensão de oferecimento de respostas definitivas –, qual seja, a função dos direitos humanos na contemporaneidade, contou com algumas premissas básicas do pensamento luhmanniano, dentre elas a que se contrapõe diretamente à teoria de Habermas (1997): a diferença, e não o consenso, é fundamental para a observação da sociedade. “A sociedade se observa com o critério de produção do diferente” (ROCHA, 2001, p. 127).

A diferença, ligada à idéia de paradoxo permite ao observador alcançar *um* sentido, que não é o único, mas é aquele que leva em consideração diferentes possibilidades, “[...] já que o sentido não é nunca apenas um dos dois termos de uma dualidade que opõe as coisas e as proposições, os substantivos e os verbos, as designações e as expressões, já que é também a fronteira, o corte ou a articulação da diferença entre os dois [...]” (DELEUZE, 2006, p. 31).

Então, qual o sentido dos direitos humanos no século XXI? Na verdade, os direitos humanos assumem, mais do que nunca, em meio à complexidade, um efeito simbólico capaz de relacionar um (inegável) sentido ideológico com um (indissociável) viés reivindicador, contribuindo, assim, para a produção de novos sentidos nas mais variadas dimensões dos direitos fundamentais, pois, repetindo-se aqui as palavras, já expostas, 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 sentidos tornam-se inócuos ou sequer subsistem caso não encontrem um ambiente democrático que possibilite sua constante discussão/renovação. Tendo em vista que ninguém sabe *a priori* qual o conteúdo dos direitos humanos deve ser respeitado e compartilhado, a democracia faz-se 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.

Dito de outra maneira, não há uma forma absoluta de afirmação dos direitos fundamentais, até porque a forma não tem só um lado. Assim,

entende-se que a busca por uma legitimação com base num consenso acaba por obnubilar diferentes sentidos que podem ser atribuídos aos direitos humanos na pós-modernidade. A questão da legitimidade, com base num fundamento, não pode seguir em busca de um *a priori*, de um momento único. O princípio da identidade de Aristóteles não pode servir para o enfrentamento dessa questão que se encontra para além de seguir procurando vestígios teóricos acerca dos direitos fundamentais/humanos. É preciso mais do que atribuir hierarquia, do que atribuir uma legitimação que não pode ser fundamentada.

Assim, retomando a teoria de Luhmann, pode-se afirmar que a *função dos direitos humanos/fundamentais é evitar a “(des)-diferenciação”* dos sistemas sociais. E, como é impossível, numa sociedade plural, reduzir toda a discussão à questão da dignidade humana como um conceito pronto e acabado, a democracia é o mecanismo indispensável para a manutenção da abertura das possibilidades de sentido dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico contemporâneo**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi et al. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução de Nilton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2001.
- CHAUÍ, Marilena. In: LEFORT, Claude. **A invenção democrática**. Tradução de Isabel M. Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 7.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DESCARTES, René. **O discurso do método**. Tradução de M. Ermantina. G. Gomes. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

DELEUZE, Gilles. **A lógica do sentido**. Tradução de Luiz Roberto S. Fortes. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

FARIA, José Eduardo de. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. "A noção de paradigma no direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico". In: _____. **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília, 1988. p. 22.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I e II.

_____. **Direito e moral**. Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

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

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LAFER, Celso. **A reconstrução histórica dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEFORT, Claude. Os direitos do homem e o Estado-Providência. Tradução de Eliana M. Souza. In: _____. **Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 50.

LÖWY, Michael. **Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista**. São Paulo: Cortez, 1996.

LUHMAN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidade Iberoamericana, 2002. (Colección Teoría Social).

LUHMAN, Niklas. **I diritti fondamentali come istituzione**. Tradução de Stefano Magnolo. Dédalo: Bari, 2002.

_____. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACPHERSON, C. B. **A teoria política do individualismo possessivo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MATTEUCCI, Nicola. "Soberania". In: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de política**. Tradução de João Ferreira. 5. ed. Brasília: UNB, 2000.

MELLO, Celso D. de A.. **Direitos humanos e conflitos armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

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.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do direito na teoria da sociedade. In ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM Editora, 1997. p. 228.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira, Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: UNESP, 1996.

ROCHA, Leonel Severo. O direito na forma de sociedade globalizada. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado**. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

_____. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

ROCHA, Leonel Severo Et al. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ROCHA, Leonel Severo; DUTRA, Jéferson Luiz Dellavalle. Notas introdutórias à concepção sistêmica de contrato. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 283-309.

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

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

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Traducción de Marina Gascón. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**: interpretação da lei – temas para uma reformulação. Porto Alegre: SAFE, 1994. v. 1.

WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). **Max Weber** – Sociologia. 7. ed. São Paulo: Ática, 1999. p. 128-141.

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

NOTAS

- ¹ O presente texto é fruto de pesquisas bibliográficas e diálogos em sala de aula, por ocasião do cumprimento dos créditos referentes ao Seminário Teoria dos Sistemas e Direito na UNISINOS-RS, no ano de 2005.
- ² Mestre e doutorando em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS); pesquisador, *bolsista modalidade I*, do Centro de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES); professor universitário; advogado.
- ³ Os conceitos grifados podem ser aprofundados na obra de Niklas Luhmann (**Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983).
- ⁴ Octávio Ianni (1999, p. 19), apresentando “metáforas da globalização”, comenta: “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”.
- ⁵ Afasta-se, desde já, neste texto, a preocupação com a diferenciação semântica entre direitos humanos e direitos fundamentais. Assim, dependendo do enfoque ou da matriz teórica que se trabalha, em determinados momentos,

- serão utilizados direitos humanos e outros direitos fundamentais, o que não comprometerá, de forma alguma, a compreensão da mensagem deste texto.
- 6 Utilizar-se-á, no presente trabalho, o termo *modelo* como sinônimo de *paradigma*.
 - 7 Para Bourdieu, “[...] a constituição do campo jurídico é inseparável da instauração do monopólio dos profissionais sobre a produção e a comercialização desta categoria particular de produtos que são os serviços jurídicos. A competência jurídica é um poder específico que permite que se controle o acesso ao campo jurídico, determinando os conflitos que merecem entrar nele e a *forma* específica de que se devem revestir para se constituírem em debates propriamente jurídicos” (2002, p. 233, grifo do autor).
 - 8 “[...] o significado mais lapidar que se pode dar à expressão modernidade seria aquele de um período, de uma fase, em que há uma grande crença numa certa idéia de racionalidade, e essa racionalidade, no Direito, para simplificar, estaria ligada a uma forte noção de Estado. Assim, toda teoria jurídica da modernidade é uma teoria ligada à noção de Estado, e essa racionalidade se desenvolveu, principalmente, numa dinâmica que se chama normativismo” (2001, p. 117-137).
 - 9 Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico contemporâneo**: lições de filosofia do direito. Traduzido por Márcio Pugliesi et al. São Paulo: Ícone, 1995. p. 37 *et seq.* Sobre as relações do Estado Absolutista com a sociedade de mercado ascendente, ver: MACPHERSON, C. B. **A teoria política do individualismo possessivo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
 - 10 Para o campo jurídico, o paradigma dominante consubstancia-se na chamada *Dogmática Jurídica*, que, por sua vez, situa as heranças e matrizes que condicionam o próprio paradigma. Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 17-54.
 - 11 Segundo Leonel Severo Rocha (2003, p. 96), 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: Unisinos, 2003. p. 96).
 - 12 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 (BOBBIO, 1995).
- 13 O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste num sistema normativo internacional, que engloba procedimentos e do qual fazem parte instituições desenvolvidas para implementar a concepção e promover o respeito aos direitos do homem no cenário mundial. Ou seja, nas palavras de um de seus mais fervorosos defensores no Brasil, o DIDH pode ser definido como o “[...] conjunto de normas que estabelece os direitos que os seres humanos possuem para desenvolvimento de sua personalidade e estabelece mecanismos de proteção a tais direitos”, formando, então, um ramo do Direito Internacional Público, com objeto e características próprias (Cf. MELLO, Celso D. de A. **Direitos humanos e conflitos armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 6).
- 14 “A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos” (COMPARATO, 2001, p. 51).
- 15 Sobre a relação entre tempo e direito: OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. 442 p.
- 16 “O sentido implica na possibilidade de atualização de uma seleção tendo em vista o horizonte de outras possibilidades de atualização a partir do que é dado. Para um sistema vivo, por exemplo, o reino das possibilidades não existe; existe apenas aquilo que em cada momento é atual. E o que caracteriza os sistemas de sentido (psíquico e sociais) é a sua dinâmica interna: os seus objetos encontram-se sempre sobre o pano de fundo de outras possibilidades. Em outros termos: aquilo que é atual em um momento é apenas uma possibilidade não negada” (NICOLA, 1997, p. 228).
- 17 Sobre a(s) crise(s) do Estado contemporâneo, cf. MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 23-58. Em sua obra, o autor apresenta a crise do Estado como um crise de muitas faces (subdivisão da crise) e as apresenta assim: (I) *crise conceitual*; (II) *crise estrutural*; (III) *crise constitucional*; (IV) *crise funcional*; e (V) *crise política*.
- 18 Como mostra Juremir Machado da Silva: “A solidariedade, mostra Lipovetsky, toma novas formas e ganha o planeta em campanhas humanitárias transmitidas pela televisão. Mesmo o humanitário, esse pensar nos outros,

acontece sob a forma de espetáculo. Por que não? Já não se quer ser santo pela prática de boas ações. Pode-se admirar Madre Teresa de Calcutá sem querer viver como ela. Acabou a época da devoção absolutamente desinteressada. Nesta era da solidariedade espetacularizada, cada um faz da sua doação uma forma de ganho, de vibração, de visibilidade, talvez até de marketing” (apud LIPOVETSKY, 2005, p. XVII).

- ¹⁹ “Objetivamente, o senso comum subsume a diversidade dada e a refere à unidade de uma forma particular de objeto ou de uma forma individualizada de mundo: é o mesmo objeto que eu vejo, cheiro, saboreio, toco, o mesmo que percebo, imagino e do qual me lembro [...] e é no mesmo que respiro, ando, fico em vigília ou durmo, indo de um objeto para outro segundo as leis de um sistema determinado” (DELEUZE, 2006, p. 80).
- ²⁰ “Esta teoria leva a perceber que, em toda observação existe um ponto cego (*blinden fleck*), que ao mesmo tempo em que possibilita, limita-a. Uma segunda observação, permite revelar o ponto cego desta primeira observação, contundo, assumindo um outro ponto como referência cega, que poderá ser revelada por uma terceira observação e assim sucessivamente” (ROCHA, 2005, p. 299).