GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E REFORMA CONSTITUCIONAL

José Eduardo Faria*

Por causa de sua formação tradicionalmente normativista e formalista, os operadores do direito jamais esconderam sua antipatia pela tese da “desconstitucionalização” defendida por economistas neoliberais, mediante a eliminação de capítulos inteiros das Constituições e a posterior regulação das matérias por eles disciplinadas com base em leis ordinárias aprovadas por maioria simples. Não se trata de uma resistência determinada por motivos de ordem ideológica, ou seja, por discordância das linhas programáticas e com relação aos projetos formulados no âmbito do Executivo e encaminhados ao Legislativo. Trata-se, isto sim, de uma questão de princípio doutrinário: a aversão à “desconstitucionalização” parte da premissa de que a intocabilidade da Carta seria sinônimo de desenvolvimento institucional por excelência. Isto porque, ao dispensar tratamento ‘técnico-constitucional’ às matérias que os economistas consideram controvertidas em seus aspectos “substantivos” (no campo da previdência, do sistema tributário, da estrutura fiscal, do mercado de trabalho, da organização econômica, etc.) e ao permitir a internalização de suas normas pela sociedade, ela seria uma das mais importantes salvaguardas da cidadania, impedindo, conseqüentemente, a conversão da legislação ordinária em simples instrumento de governo.

Concebido a partir tanto dos valores básicos do Estado liberal clássico, dos quais se destaca a ênfase ao caráter rigorosamente lógico-formal do ordenamento constitucional, quanto aos princípios fundamentais do normativismo jurídico, cujos corolários mais conhecidos são os princípios da constitucionalidade, da legalidade, da segurança do direito, da hierarquia das leis e da unidade sistêmica, o tipo de argumento prevalecente nos meios jurídicos parece ignorar uma importante lição sociológica: quando criados em flagrante descompasso com a realidade social e econômica, direitos formalmente vigentes revelam-se, na prática, potencialmente ineficazes. O excessivo “idealismo” de nossos meios jurídicos costuma impedi-los de compreender essa obviedade; mais precisamente, os impede de ver como as diferentes mudanças ocorridas ao longo do século XX minaram os postulados e as categorias das construções jurídicas herdadas do século anterior, que se caracterizam por identificar as leis como instrumento disciplinar e regulador exclusivo das relações sociais, políticas e econômicas.

As mudanças mais significativas começaram na década de vinte deste século, com a crise estrutural do sistema financeiro do capitalismo concorrencial e com a expansão das lutas sindicais. Até então, a lei — enquanto comando impessoal, geral e abstrato — pressupunha a “standardização” da vida social, ou seja, a redução das relações políticas, econômicas e sociais simples a “matrizes genéricas”. A partir da década de vinte do século atual, contudo, a progressiva diferenciação da economia e a necessidade de decisões tomadas em ritmos cada vez mais rápidos inviabilizaram essa estratégia controladora, reguladora e disciplinadora; e, à medida que a sociedade

se tornou mais tensa e conflitiva, por causa da velocidade das transformações econômicas, foi desaparecendo a correspondência entre a generalidade, a impessoalidade e a abstração da lei e as situações de fato por ela reguladas.

Diante da exigência de respostas específicas a problemas conjunturais e estruturais de caráter econômico, administrativo, comercial, financeiro e social inéditos, e por isso mesmo não previstos pelos ordenamentos jurídico-constitucionais de inspiração liberal-clássica, o Executivo foi sendo gradativamente obrigado a assumir parte das funções legislativas e adjudicantes até então detidas, respectivamente, pelo Parlamento e pelo Judiciário. Por causa da decrescente capacidade auto-reguladora do mercado e da crescente heterogeneidade da sociedade, os governos tiveram de exercer um papel cada vez mais controlador, diretivo, coordenador, indutor e planejador. De simples provedores de serviços essenciais nos campos da educação, segurança, saúde e justiça, por exemplo, eles passaram até mesmo a atuar como produtores diretos de bens e serviços, chegando ao ponto de se tornarem árbitros dos conflitos nos quais também eram parte.

É justamente neste momento que o Estado liberal se converte no Estado-Providência, cuja função básica — na melhor tradição da social-democracia — é promover o crescimento e assegurar algum tipo de proteção jurídica e material aos cidadãos economicamente desfavorecidos. Como vetor tanto do progresso material quanto da justiça social, o Executivo se converte, assim, em instrumento de consecução de objetivos concretos; seu sistema jurídico é basicamente concebido como técnica de direção, gestão e regulação da sociedade; e, se por um lado todas essas mudanças abrem caminho para o fenômeno da “publicização do direito”, por meio da expansão desordenada do direito administrativo, tributário, trabalhista, previdenciário e econômico, por outro a continuidade do direito privado sem maiores alterações por parte do legislador faz com que a generalidade intrínseca a suas normas se converta numa espécie de “véu ideológico” das diferentes situações de vida. Desse modo, o Estado-Providência deixa de ser aquela associação “ordenadora” típica do Estado liberal clássico, que tinha a legitimidade do uso da coação jurídica, renunciando, em contrapartida, a intervir no campo econômico e social; e passa a ser uma associação eminentemente “reguladora”, na perspectiva de um Estado Social de Direito. Esse tipo de Estado chegará ao seu apogeu nos anos 50 e 60, começando a fenecer na década de 70.

Os dois choques do petróleo ocorridos em 1973 e 1979, mudando o custo relativo da energia e, como conseqüência, 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, obrigando as grandes empresas a reagirem defensivamente à estagnação das atividades produtivas, 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, inter cruzando-se continuamente, acabam produzindo inúmeros micro-sistemas legais e distintas cadeias normativas no âmbito do sistema jurídico.

Por causa dessas 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 “redes”, 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 jurídico forjada pelo Estado liberal clássico faz da completude, da coerência formal e da logicidade interna os corolários básicos da ordem legal, o sistema normativo sob a forma de “redes” se destaca pela extrema multiplicidade de suas regras, pela enorme variabilidade de suas fontes e pela flagrante provisoriedade 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; pretensões, por exemplo, das lideranças sindicais, no sentido de ampliar o alcance dos direitos trabalhistas e das normas de caráter “social”, contrapondo-se àquelas oriundas do sistema econômico com o objetivo de “flexibilizar” e “deslegalizar” essa legislação protetora, postulando que ela colide com os imperativos lógico-objetivos das relações de produção no âmbito do capitalismo. Quanto maior é o confronto entre essas pretensões, mais a conhecida 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, revela-se incapaz de ocultar — sob a forma das categorias normativas relativas ao “bem comum” — que a tutela legal dos interesses de determinados grupos, setores ou classes sociais implica o desprezo e/ou a “mercadorização” de outros grupos, setores ou classes. Deste modo uma das categorias mais valorizadas pelo paradigma legalista (a idéia de “interesse geral e universal”) já não pode ser utilizada como uma espécie de “princípio totalizador” destinado a compor, integrar, harmonizar os distintos interesses específicos.

Na medida em que um sistema normativo com esse tipo de configuração parece ter um potencial ilimitado de crescimento, comportando um aumento incessante de novas regras e de novas matérias a serem objetos de regulação, em face das variadas respostas pragmáticas que o legislador é obrigado a dar a essas pretensões materiais contraditórias e excludentes, a tendência inevitável é de esvaziamento da própria função de leis. Num sistema jurídico que vai sendo “inflacionado” por um sem número de “leis de circunstância” e “regulamentos de necessidade” condicionados por conjunturas políticas, econômicas e sociais bastante

específicas e transitórias, a velocidade e a intensidade na produção de novas normas constitucionais e de leis ordinárias acabam levando o Estado Providência 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 **eficácia** 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, formando um círculo vicioso cuja continuidade culminaria na absurda situação de existirem apenas devedores, todos sem direitos algum. No limite da extensão do direito, como afirmam argutos observadores desse fenômeno, anuncia-se um regime de deveres legais sem que haja qualquer lugar para um direito; “a inflação do direito traz em si a sua própria morte”.

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 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 - mudança da matriz da produção internacional; da divisão tradicional entre fornecedores de matérias primas e fabricantes de manufaturados, passa-se à produção de bens e serviços de nível tecnológico equivalentes em diferentes países, não importando onde o produto final seja montado, o que provoca o fenômeno da “deslocalização” da produção;

5 - desterritorialização e reorganização do espaço da produção, mediante a substituição das plantas indústrias 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;

6 - planejamento de atividades de nível tecnológico em escala mundial, por parte dos conglomerados multinacionais, acompanhado da fragmentação das atividades produtivas nos diferentes territórios e continentes, o que lhes permite praticar o comércio intra e inter-empresas, acatando seletivamente as distintas legislações nacionais e concentrando seus investimentos nos países onde elas lhe são mais favoráveis;

7 - expansão de um direito paralelo ao dos Estados, de natureza mercatória (“*lex mercatoria*”), 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 e sindical transnacional tende a criar as regras de que necessita e a jurisdicizar as áreas que mais lhe interessam, segundo suas conveniências. Deste modo, o direito positivo convencional tem sua estrutura lógico-formal quase inteiramente erodida, remete cada vez mais seu conteúdo normativo a cláusulas gerais e processos ulteriores de concretização, perde a capacidade de operar por meio de categorias normativas válidas *erga omnes*, vê destruída a tradicional *summa divisio* entre direito público e privado, sofre a fragmentação deste último numa multiplicidade de ramos jurídicos especiais (o que liquida com a unidade conceitual de toda uma cultura legal privatística) e acaba sendo obrigado a responder às exigências de natureza “social” — proteção trabalhista, seguridade previdenciária, reajuste salarial, etc. — apenas de forma meramente circunstancial, casuística e *ad hoc*, ou seja, ao sabor da capacidade de pressão e mobilização deste ou daquele sindicato ou movimento comunitário.

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 nacional encontra-se em crise de identidade — e, com ele, não só a própria idéia de Constituição, mas todo o direito público criado pelo paradigma legalista para promover a organização jurídico-política do poder, com o objetivo de neutralizar seu exercício arbitrário. 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 tríplice 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 subsistema 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 suas 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 ou desqualificá-la, como têm feito os operadores do direito cuja visão-de-mundo foi forjada exclusivamente pelo paradigma legalista, normativista e formalista; é, 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, por exemplo, do direito social. 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 (e neste aspecto o *background* analítico e cultural dos meios jurídicos nacionais encontra-se ainda na pré-história) 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 que é cada vez menos um ato unilateral a transmitir de modo imperativo a autoridade do Estado aos particulares, aproximando-se cada vez mais do “contrato”, ou seja, de um ato multilateral cujo conteúdo exprime uma vontade concordante; um direito resultante de um longo e intrincado processo de consultas e acordos, que se inicia antes de sua propositura parlamentar e, muitas vezes, apenas culmina no momento de sua aplicação; em suma 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.

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 a 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.

* Professor-associado do Departamento de Filosofia e de Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo; pesquisador do Centro de Estudos Direito e Sociedade da USP (Cediso); e autor de *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo, Malheiros, 1994; *Direito e economia na democratização brasileira*, São Paulo, Malheiros, 1994; e *Justiça e Conflito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

Essas construções, afirma Antonio Hespanha, encerram um projeto de substituição definitiva do pluralismo jurídico pelo monopólio do Estado, em matéria de produção legislativa - substituição essa vista como condição básica da democratização política, na dinâmica de um processo de modernização global que também incluía uma administração burocrático-racional, no plano institucional; a consolidação da economia de mercado, no plano econômico; e a conscientização por parte da coletividade, dos direitos fundamentais, no plano político-cultural. No entanto, diz este autor, ao submeter o paradigma legalista e formalista a um confronto histórico, “damo-nos conta de que ele corresponde a uma estratégia paradoxal. Ao instituir a lei como forma única de controle social, ele leva a cabo, na verdade, uma enorme redução da panóplia das tecnologias disciplinares disponíveis noutras épocas, mesmo que não consideremos senão aquelas que podem ser subsumidas ao conceito de tecnologias “jurídicas”. Isto numa época em que, como nunca, tem vindo a crescer o âmbito de situações a regular. E, para além disso, a “forma legal” constitui uma técnica de controle exigente, requerendo a verificação de uma série de condições sociais, culturais e jurídicas. As estratégias de controle social sofreram, portanto, um afunilamento, e, ainda por cima, no sentido de uma via cheia de pontos críticos. A compreensão da atual crise da lei passa pela reflexão crítica sobre o paradoxo inerente a este “paradigma legalista”, enquanto que a chave para a superação da crise pode residir na restauração de um sistema menos

unidimensional de regulação social”. Cf. Antonio Hespanha, “Lei e Justiça: história e perspectiva de um paradigma”, in Justiça e Litigiosidade Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 13.

- Cf. Gianfranco Poggi, The development of The Modern State, London, Hutchinson, 1987, pp. 117-148.

- Como afirma Hespanha, analisando essas mudanças na ótica do historiador do direito, a tão decantada crise da lei, a revolta dos fatos contra os códigos e o declínio do direito, fenômenos vistos com imenso pesar pelos civilistas franceses responsáveis por uma paradigma de reflexão jurídica estritamente legalista profundamente enraizado na cultura dos teóricos do direito no Brasil e em Portugal “não são tanto o resultado de insuficiências “técnicas” na feitura das leis como o resultado da sobrevivência do legalismo num contexto político, social e cultural que deixou de lhe corresponder. O “fetichismo” típico da mentalidade jurídica actual inverte os dados da questão: começa por transformar a lei no modo único de revelação do direito (no “fetiche” do direito); depois, assimila todas as condutas não conformes à lei em condutas anti-jurídicas; finalmente, conclui que as dificuldades do legalismo são os sinais da desagregação do direito e, logo, da ordem social. Mais produtivo seria estudar, sem preconceitos e sem mitos, quais as atuais funções, limites e tecnologias disciplinares vicariantes da legalidade, ganhando consciência do pluralismo normativo e traçando, a partir daqui, uma estratégia de desenvolvimento da ordem jurídica em que à lei não coubessem senão as funções a que ela pode eficazmente dar realização”. Cf. “Lei e Justiça: história e perspectiva de um paradigma”, op. cit., p. 23.

- Ver, nesse sentido, Jacques Chavalier, “La rationalization de la production juridique”, Charles Albert Morand, “La contractualization corporatiste de la formation et de la mise en oeuvre du droit”, e Helmut Willke, “Le droit comme instrument de guidage néo-mercantiliste de l'État”, todos reunidos na coletânea L'État propulsif: contribution a l'étude des instruments d'action de l'État, C.A. Morand org., Paris, Publisud, 1991.

- Cf. François Ewald, L'État Providence, Paris, Grasset, 1986.

- Cf. Nicolas Hitsch, “L'inflation juridique et ses consequences”, in Archives de Philosophie du Droit, Paris, Sirey, 1982, n° 27; Céline Wiener, “L'inflation juridique et ses consequences”, in Les déréglementations, Paris, Institut Français des Sciences Administratives”, 1988; e François Ewald, Foucault, a norma e o direito, Lisboa, Vega, 1993, pp. 186-191. Diante desse risco, a tendência dos juristas e operadores com formação normativista é enfatizar a má qualidade técnica da produção normativa e denunciar o “arbítrio” subjacente ao “intervencionismo” do Estado, fazendo prevalecer sua visão-de-mundo liberal clássica sobre uma análise mais isenta, axiologicamente, das transformações sociais econômicas, políticas e culturais dos dias de hoje.

- Sem compreender o motivo e identificar o alcance dessas mudanças, por causa do viés ideológico de sua formação, muitos juristas, como afirma Hespanha, acabam correndo “atrás da ficção”, tendo “a ilusão de poderem deter ou ignorar a evolução do real, restaurando o paradigma na sua pureza de outrora, normalmente através (de sugestões em favor) de uma política de lei e ordem”. Cf. Antonio Hespanha, “Lei e Justiça: história e perspectiva de um paradigma”, op. cit., p. 30.

- Discuto com maior cuidado terminológico e metodológico essas rupturas em Os dilemas da Justiça do Trabalho, São Paulo, LTr, 1995; e “Governabilidade e democracia: os direitos humanos à luz da globalização econômica”, texto preparado para a Universidade de Buenos Aires, 1995.

- É evidente, afirma um dos mais conhecidos analistas desse processo de erosão do direito positivo tradicional, que, diante desse trilema, “as exigências de restauração da unidade (e da eficiência) do sistema jurídico correspondem a meros exercícios de retórica ou a expressão de uso tático, quando convém à ocasião. Tentativas de instaurar uma unidade conceitual e axiológica através da dogmática ou doutrina jurídica estão condenadas a falhar, mesmo em áreas nodais do direito como o direito privado, ou em relação ao direito como um todo. Muito mais séria se a figura a estratégia oposta, que coloca a ênfase em especialização, insistindo na legitimidade da existência de princípios específicos e próprios em cada setor jurídico particular. É assim que, por exemplo, se explica a recusa dos juristas do direito da concorrência em levar em conta princípios jurídicos reconhecidos por outros ramos do direito. Todavia, semelhante isolacionismo jurídico não pode prevenir o aparecimento de conflitos inter-sistêmicos: as soluções constroem-se contingentemente, à medida das contradições trazidas pelos casos individuais, sem qualquer possibilidade de construção de uma doutrina geral de conflitos”. Cf. Gunther Teubner, Le droit, un système autopoietique, Paris, PUF, 1993, P. 180; e “The regulatory trillema”, in Quaderni Fiorentini, Florença, 1984, vol. 13; ver, também, Vittorio Olgiatti, Positive law and socio-legal order: an operation coupling for Sociology of Law, Oñati, International Institute for Sociology of Law, 1991; e Helmut Willke, “Trois types de structures juridiques: programmes conditionnels, programmes finalisés et programmes reitionnels”, in L’État Propulsif: contribution à l’étude des instruments d’action de L’État, op. Cit.

- O fenômeno da “inter-legalidade” é analisado por Boaventura Santos à luz do pluralismo jurídico. O que ele tem em mente não é o pluralismo jurídico “desenvolvido pela antropologia jurídica tradicional, onde as diferentes ordens jurídicas aparecem concebidas como entidades separadas coexistindo num mesmo espaço político, mas, sim, uma concepção de diferentes espaços jurídicos sobrepostos, que se interpenetram tanto na nossa consciência como na nossa ação social, em ocasiões positivas ou negativas do nosso trajeto existencial, assim como na triste rotina vida quotidiana. Vivemos num tempo de legalidade porosa, ou de porosidade jurídica de uma rede múltipla de ordens jurídicas que nos condenam a constantes transições e passagens. A nossa vida jurídica é constituída pela interseção de diferentes ordens jurídicas, ou seja, pela inter-legalidade. A inter-legalidade é contrapartida fenomenológica do pluralismo jurídico; (...) ela reflete um processo altamente dinâmico, porque os diferentes espaços jurídicos são não-sincrônicos, resultando daí uma mistura desigual e instável de códigos jurídicos”. Cf. “Law: a map of misreading (toward a postmodern conception of Law)”, in Journal of Law Society, 1987, vol. 14, p . 293. Ver, também, “On modes of production of Law and Social Power”, in International Journal the Sociology of Law, 1985, vol. 13.