

## O Direito entre Modernidade e Globalização



R. José Bonifácio, 203 - Tel.: (011) 2323101 - Fax: (011) 3104-9503  
Praça da Sé, 423 - Tel.: (011) 3104-5313 - Fax: 3105-2475  
Rua São Bento, 196 - Tel.: (011) 3105-8111 - Fax: 3104-8123  
Rua Sete de Abril, 65 - Tel/Fax: (011) 257-1484  
Rua Maria Antônia, 328 - Tel/Fax: (011) 257-3066  
Rua Augusta, 2843 - Tel.: (011) 282-9315 - Fax: 881-2471  
Rua João Cachoeira, 657 - Tel/Fax: (011) 820-6743  
Rua Ema, Pedro de Toledo, 32 - São André - Tel/Fax: (011) 4990-9062  
Shopping Interlagos - Tel/Fax: (011) 5563-3252  
Shopping Iguatemi - Tel.: (011) 211-7093 - Fax: 212-0060  
Shopping Paulista - Tel.: (011) 289-5873 - Fax: 283-1321  
West Plaza Shopping - Tel.: (011) 3867-0037 - Fax: 3862-6030  
Sirena Special - OCEA Shopping - Tel.: (011) 5505-0117  
Fax: 5505-3289  
Sirena Mega Store  
Shopping Eldorado - Tel.: (011) 870-9998 - Fax: 816-8372  
Shopping Botafumeira - Tel.: (011) 5561-7290 - Fax: 532-0828  
Intermalls Shopping - Tel.: (011) 5181-7574 - Fax: 5181-6427  
Shopping Center Norte - Tel.: (011) 6972-0366 - Fax: 298-6336  
S. J. dos Campos - Campinas - S. J. do Rio Preto - Ribeirão  
Rio de Janeiro - Recife - Foz de Iguaçu - Belo Horizonte

Todos os direitos reservados à

LIVRARIA E EDITORA RENOVAR LTDA.

MATRIZ: Rua da Assembleia, 10/2.421 - Centro - RJ

CEP: 20011-000 - Tels.: (21) 531-2205 / 531-1618 / 531-3219 - Fax: (21) 531-2135

LIVRARIA: Rua da Assembleia, 10 - loja E - Centro - RJ

CEP: 20011-000 - Tels.: (21) 531-1316 / 531-1338 - Fax: (21) 531-2135

FILIAL RJ: Rua Antunes Maciel, 177 - São Cristóvão - RJ

CEP: 20940-010 - Tels.: (21) 589-1863 / 580-8596 / 860-6199 - Fax: (21) 589-1962

FILIAL SÃO PAULO: Rua Santo Amaro, 257-A - Bela Vista - SP

CEP: 01315-001 - Tels.: (11) 3104-9951 / 3104-5849

<http://www.editoras.com/renovar> e-mail [renovar@ibm.net](mailto:renovar@ibm.net)

#### Conselho Editorial

Arnaldo Lopes Sussekind — Presidente

Carlos Alberto Menezes Direito

Cairo Tácito

Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.

Celso de Albuquerque Mello

Ricardo Pereira Lira

Ricardo Lobo Torres

Vicente de Paulo Barreto

#### Revisão Tipográfica

Maria da Glória Silva de Carvalho

Roberto Farah Norões

#### Capa

Ana Soíña Mariz

#### Editoração Eletrônica

TopTextos Edições Gráficas Ltda.

Nº 0040

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

A744d

Arnaud, André-Jean.

O direito entre modernidade e globalização : lições de filosofia do direito e do Estado / André-Jean Arnaud ; tradução de Patrice Charles Wuiljaume. — Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

256p. ; 21cm. (Temas)

ISBN 85-7147-147-9

Inclui bibliografia.

1. Direito — Filosofia — História. 2. Direito internacional público — Filosofia. 3. Direitos humanos. 4. Estado. I. Título.

CDD-340.1

Proibida a reprodução (Lei 5.988/73)

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

## Agradecimentos

Que me seja aqui permitido expressar minha gratidão aos colegas da UERJ que me permitiram apresentar esses textos em sua Universidade, e posteriormente reuni-los para oferecê-los aos leitores brasileiros. Refiro-me especialmente ao Sr. Reitor Antonio Celso Alves Pereira, ao Sr. Professor Ricardo Lobo Torres, Diretor do Programa de Pós-Graduação — no âmbito das atividades do qual foram apresentadas essas conferências — e ao Sr. Professor Gustavo Tepedino, Decano da Faculdade de Direito.

Não posso deixar de citar, pelo menos, alguns colegas com os quais nunca me canso de conversar: os Professores Celso Albuquerque Mello e Ricardo Lira. A cordial amizade com a qual todos me acolheram merece uma menção especial em um mundo universitário onde a concorrência, por vezes selvagem, tende com demasiada frequência a predominar, nesse mundo preso do neoliberalismo, sobre o espírito comunitário, a abertura de espírito e o prazer do debate científico e o calor humano.

Não quero esquecer tampouco, os demais colegas do Programa Integrado de Estudos em Direito que me receberam no contexto mais amplo de um programa de cooperação entre o PIED e o RED&S (Rede Européia Direito e Sociedade).

## Da regulação pelo direito na era da globalização

Se tivermos de reunir em torno de algumas palavras-chave as atuais interrogações e dúvidas dos colegas juristas, cientistas políticos e economistas, três delas logo revelariam as preocupações destes últimos: alteridade, complexidade e mundialização<sup>266</sup>. Em outras palavras, os questionamentos primordiais que inquietam os pesquisadores dessas disciplinas têm a ver com a regulação sob diversos aspectos: eficácia da regulação tradicional pela via do direito; validade de outras formas de regulação social; concepção da desregulamentação como apelo indireto a um outro direito<sup>267</sup> apto a dominar a *complexificação* das relações sociais assim como a *mundialização* dessas relações que trouxeram perturbações nas respostas clássicas a esses problemas.

---

<sup>266</sup> Como testemunho disso podemos citar as interrogações iniciais expressas nos programas dos colóquios e congressos organizados por cientistas políticos assim como economistas. Encontramos a mesmas preocupações nos mais recentes congressos organizados tanto pela *American Law and Society Association* como pelo Comité de Pesquisa em Sociologia do Direito da Associação Internacional de Sociologia.

<sup>267</sup> Jacques CHEVALLIER, "Les politiques de déréglementation", em *Les déréglementations* (Economica, Paris, 1988), fazia essa observação perspicaz, e quase visionária dez anos atrás, de que a desregulamentação significava não menos direito direito, mas um outro direito.

A partir daí poderiam ser compreendidos os fenômenos que afetam as tradicionais fontes do direito, e que vários observadores identificam. Estes observam inicialmente o aparecimento de um direito "de textura aberta" com o deslocamento dessas fontes para os poderes privados econômicos, com uma participação maior dos atores privados, e a tomada em consideração de "valores" oriundos dos sistemas econômico ou técnico-científico. Eles percebem também o crescente papel das fontes "soft" do direito (cartas, códigos de bom comportamento, etc.) que, ao adquirir força coercitiva, viriam a se tornar "hard". Eles evocam, por fim, um recuo do Estado visível através do desenvolvimento da normalização e da certificação, mas com uma contrapartida, a da associação do setor privado com os poderes públicos na produção do direito.

Duas problemáticas fundamentais surgem aqui. A primeira diz respeito à validade contemporânea dos postulados fundadores da regulação pelo direito; a segunda, ao impacto e os efeitos da mundialização dos intercâmbios sobre a regulação jurídica. As duas problemáticas estão de tal forma intimamente ligadas que seria artificial dissociá-las, nem que fosse pela necessidade da análise. Além disso, cada uma é atravessada pelos três conceitos-chave que destacamos anteriormente e que se mostram preciosos fios condutores para a compreensão desses fenômenos.

As questões fundamentais que se nos apresentam são muitas, e fazem pouco dos territórios disciplinares tradicionais. Elas dizem respeito, essencialmente, de um lado às relações contemporâneas entre poder, direito e conhecimento. É preciso também reservar um espaço importante para o problema da articulação da regulação pelo direito do Estado com outras formas de regulação jurídica, notadamente aquelas que são colocadas em destaque pelos estudos sociojurídicos e políticos recentes sobre o pluralismo jurídico. É preciso igualmente dedicar atenção parti-

cular às formas de se considerar a crescente complexidade das interações que se tecem no âmbito da regulação pelo direito, como na dialética entre regulação pelo direito e as outras formas de regulação estranhas à intervenção do direito do Estado.

Quisemos tentar, nos limites do gênero que focalizamos aqui, a abertura de um debate optando por uma reflexão que associe a maioria desses questionamentos sobre as formas de produção do direito em nossas sociedades contemporâneas. E uma vez que, no fundo, a questão consiste no questionamento do Estado, Estado soberano, senhor, proferidor e dispensador do direito, regulador dos comportamentos e controlador da execução das normas jurídicas e das regras que delas decorrem, começaremos por discutir sobre o lugar que ocupa o direito estatal, atualmente, na regulação, antes de nos interrogarmos sobre as formas contemporâneas de produção e de implementação dessa norma. Em outras palavras, nos questionaremos inicialmente sobre a diversidade dos locais de produção contemporânea de regulação e mais particularmente da norma jurídica, antes de examinarmos as modalidades segundo as quais ela se torna efetiva.

### **Do lugar do direito estatal na regulação social contemporânea**

Permitimo-nos lembrar alguns truísmos, a fim de não deixar qualquer ambigüidade pairar sobre os termos. Que, por "regulação jurídica", entendemos geralmente esse tipo de regulação social que passa pelo canal do direito. Que, quando falamos de direito, entendemos geralmente um conjunto de regras positivas estabelecidas e controladas pelo Estado, o "direito imposto". Dizer o direito, atributo da soberania estatal segundo a concepção moderna do direito e do Estado, foi considerado durante muito tempo

como a forma por excelência de regulação social. Essa visão nos foi legada pela filosofia "moderna", isto é, o pensamento jurídico e político que se constitui entre o fim da Idade Média e o século XIX. As coisas mudaram muito. Nos anos 50, um estudante de direito nunca ouvia um professor falar sobre "produção do direito" nem de "regulação"; entretanto, este último termo tornou-se hoje um "paradigma importante das ciências sociais"<sup>268</sup>.

Ao mesmo tempo, uma outra perturbação se manifestou: a autonomia dos Estados-nações viu-se bastante comprometida pela interdependência que se desenvolve no seio de uma economia globalizada. É bem verdade que a dependência recíproca entre os países criou uma submissão inconcebível no passado pelos Estados soberanos. Oficialmente, a soberania dos Estados não é recolocada em questão; mas, de fato, os governos recentemente sofreram, e sofrem cada vez mais, uma erosão de sua autoridade devido, entre outras, à porosidade das fronteiras<sup>269</sup>, à dificuldade de controlar os fluxos transfronteiriços monetários, de mercadorias e de informação, aos avanços tecnológicos. As pressões sofridas pelos governos nacionais provêm ao mesmo tempo do ponto mais alto e do mais baixo: da globalização, por um lado, e dos movimentos localmente enraizados, por outro.

A questão da soberania estatal encontra-se, pois, no ponto central de toda a problemática da regulação pelo direito. Que essa soberania seja recolocada em questão,

<sup>268</sup> Cf. Jacques CHEVALLIER, "De quelques usages du concept de régulation", em *La régulation entre droit et politique*, sob a dir. de Michel MIALLE, L'Harmattan, Paris, 1995, pág. 71-93.

<sup>269</sup> "Os avanços tecnológicos tornaram as fronteiras mais porosas. Os Estados conservam a sua soberania, mas os governos sofreram uma erosão em sua autoridade." (Commission on Global Governance, *Our Global Neighborhood*, Oxford University Press, New York, 1995, pág. 11.)

fragmentada, dividida — nem que fosse apenas — e é toda a autoridade da regulação jurídica que se torna problemática. Além mesmo da dúvida sobre a autoridade da regulação pelo direito, é sobre a sua própria oportunidade, sobre a sua efetividade e sobre a sua eficácia que recaem as suspeitas. O desafio é imenso.

Podemos até entrever um movimento de desequilíbrio da soberania em direção a uma outra forma de organização política global, com uma tendência à "perda da autoridade exclusiva dos Estados em reconhecer a soberania; (à) transferência de autoridade metapolítica para agentes ou instituições não-estatais; (ao) fim do monopólio do Estado sobre a coerção legítima; e à desterritorialização das reivindicações de autoridade por parte dos Estados"<sup>270</sup>.

Ora, sob esse ponto de vista, nos encontramos, por assim dizer, esquematicamente, diante de vários graus de intervenções cujo efeito está em reduzir o poder total do Estado no seu papel de produtor de direito: falaremos respectivamente de direito estatal *substituído*, de direito estatal *suprido*, e de direito estatal *suplantado*. Essa abordagem tem seus riscos. Ela pode transmitir uma impressão de soluções fixas, ao passo que tudo é, na matéria, essencialmente movente, flexível. O argumento que permite falarmos hoje de "substituição" será amanhã motivo para falarmos, quem sabe, de suprir, talvez até de excluir, ou do inverso. Nós optamos pelos três momentos indicados acima, sem intenção de dar uma imagem definitiva. Ainda mais porque vemos, aqui, uma dialética permanente entre o movimento histórico de tendência à globalização e as resistências baseadas em uma tradição que já provou seu acerto.

<sup>270</sup> Janice E. THOMSON, "State Sovereignty in International relations: Bridging the gap Between Theory and Empirical Research", em *International Studies Quarterly*, 39, 1995, pág. 214.

A produção do direito estatal encontra substitutos tanto a montante quanto a jusante do local de sua intervenção tradicional. A montante está atualmente a questão dos acordos regionais que domina, neste ponto, os debates. Esses acordos se multiplicam. Um dos mais desdobrados hoje é a União Europeia. A CEE, é bem verdade, foi figura de vanguarda, na matéria<sup>271</sup>. Mas a União Europeia não é mais, hoje em dia, uma exceção. Outros acordos importantes se distribuem doravante em vastos setores econômicos do planeta, como: o NAFTA: (Associação de Livre Comércio da América do Norte); o MERCOSUL (cone sul da América Latina); a ASEAN (Associação das Nações do Sudoeste da Ásia); o CCG (Conselho de Cooperação do Golfo); o CARICOM (Comunidade das Caraíbas) e outros.

Essa eclosão espetacular e brutal de acordos ditos “regionais” (no sentido de regiões do globo) tende a modificar totalmente a estrutura tradicional do direito, pela transformação que ela opera sobre as soberanias como a tradição nos havia legado. No cerne desses acordos, sem dúvida, os Estados-nações continuam a ser a referência para toda tomada de decisão referente ao contexto nacional. Da mesma forma, no nível internacional, as organizações que congregam os Estados-nações se limitam a ditar os parâmetros de regulação. Mas assim mesmo, entre os dois, inseriu-se progressivamente, ao sabor dos acordos econômicos, um escalão de regulação intermediária, que requer a intervenção do direito.

<sup>271</sup> Alguns desdobramentos foram consagrados ao pluralismo na União Europeia em *O Pensamento Jurídico Europeu*, op. cit., 2ª Parte, cap. 1. Cf. também o nosso estudo “Legal Pluralism and the Building of Europe” em *Legal Pluralism: Consequences of pluralism in Law*, op. cit., pág. 149-169.

Estamos presenciando o renascimento de um pluralismo jurídico. O surgimento de regras de direito próprias a esses diversos acordos regionais aumenta a complexidade dos sistemas jurídicos dos Estados participantes. Ao lado das normas de direito propriamente ditas, aquelas que se impõem em virtude de pactos e de textos, existe toda uma normatividade que emana das concepções e das vivências dos sujeitos e dos grupos que pertencem a essas comunidades, e que transformam a paisagem da soberania nacional tradicional. Além disso, uma reaproximação política se produz inevitavelmente, a longo prazo, entre os Estados membros desses acordos, de onde resulta uma progressiva substituição por estes últimos em detrimento do poder estatal de dizer o direito.

O direito estatal também é substituído, cada vez mais, por instâncias que se situam, conforme a hierarquia tradicional, abaixo dele. Podemos assinalar, com exemplos, o deslocamento da produção jurídica em direção aos poderes privados econômicos, a importância do papel desempenhado pelas corporações, os códigos de conduta privados, o desenvolvimento de um direito negociado, a jurisdicção crescente da normalização técnica.

Na França, por exemplo, o poder normativo dos organismos de direito privado mobiliza a atenção dos juristas<sup>272</sup>. Mas esses são obnubilados pela questão da compatibilidade entre o poder regulamentar exercido por um certo número de organismos de direito privado, e os atributos da autoridade pública. Para além dessa problemática muito tipicamente francesa, surgem duas conclusões, bastante próprias a suscitar reflexões. É interessante registrar, de um lado, observações que têm relação com os problemas le-

<sup>272</sup> Cf. Solange PAJAUD-CUEGUEN, *Essai sur le pouvoir normatif des organismes de droit privé* (Tese Direito, Toulouse 1, 1995, sob a orientação do Prof. Jean Arnaud MAZÈRES).

vantados na matéria pelas condições específicas da ordem social e econômica, e, de outro lado, a permanência do controle da autoridade estatal. Se as regulamentações privadas podem de forma útil substituir o direito, isto nunca é feito, pelo menos em nosso sistema jurídico, à margem dele, e muito menos contra ele.

Podíamos acrescentar aqui toda a matéria referente à deslocalização, à desconcentração, à descentralização: instâncias locais substituindo o poder central em sua autoridade soberana de dizer o direito. Isto ocorre ainda no âmbito da hierarquia das normas que caracteriza nosso sistema jurídico. Isto não quer dizer que os fatos do dia-a-dia, no campo, não possam modificar as relações de poder e enfraquecer, ao mesmo tempo que a centralidade do poder, o próprio poder do Estado<sup>273</sup>.

Convém acrescentar a esses exemplos o surgimento das formas de negociação, de mediação, de conciliação introduzidas em doses cada vez maiores nos procedimentos judiciais na maioria dos Estados. O Estado, ao mesmo tempo que conserva o controle do processo, delega de alguma forma a possibilidade de dizer o direito a um número maior de pessoas, entre as quais surge um conflito, e com uma latitude maior. Assim fazendo, e de maneira recorrente, o Estado não acaba por conceder aos cidadãos e às instâncias locais ou alternativas às quais eles são confiados, a possibilidade de suplantá-lo? Tocamos, neste ponto, na dificuldade que existe em traçar uma fronteira precisa entre o que se deve à substituição e o que se deve à suplência.

273 Demonstrou-se, por exemplo, como a mudança leva a melhor sobre a tradição nas relações entre poder do Estado-nação e gestão local: cf. Samuel HUMES, *Local Governance and National Power: A Worldwide Comparison of Tradition and Change in Local Government*, Harvester Wheatsheaf-ULA, New York/Haia, 1991.

Um caso exemplar nos é fornecido pelas relações que foram recentemente estabelecidas entre direito e política pública? Cada vez mais, o trabalho do governo se dirige para a produção de disposições de ação estruturadas que se inserem em programas que comportam orientações, às quais estão associados os parceiros provenientes da sociedade civil. Esses parceiros, até então, ou não intervinham ou não tinham outra maneira de se manifestar que não fosse a de se constituir em grupos de interesse ou de pressão. Uma política pública se caracteriza pela função de pilotagem ou de gestão social exercida pelo Estado, pelos instrumentos de gestão utilizados, e pelo tipo de uso que se faz do direito<sup>274</sup>. É esse ponto que nos interessa aqui<sup>275</sup>.

Existem, na verdade, poucos juristas que ainda acreditam firmemente que soluções simples, tiradas de um direito monolítico, podem responder à complexidade das situações contemporâneas. As políticas públicas constituem um modo de controle que se insere em um conjunto de tipos de regulação bastante variado para este estilo. Se ocorrer que elas sejam utilizadas através do direito, isto entretanto não constitui a regra. A obediência cega do cidadão ao direito, porque ele é o direito, sucedeu progressivamente uma avaliação da eficiência, da eficácia, do desempenho das normas propostas, por parte daqueles mesmos que são

274 Cf. Jean-Claude THOENIG, "Política Pública", no *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1999, e a bibliografia que ele cita.

275 Cf. Patrice DURAN, "Piloter l'action publique, avec ou sans le droit?" em *Droit et management public*, n° especial de *Politiques et Management public*, 11/4, 1993, pág. 1-45. No mesmo volume, encontramos artigos complementares de Pierre LASCUMES, Jacques CAILLOU, Jacques CHEVALIER, Yann TANGUY, Jean-Bernard AUBY e Patrick HOCREITERE. Cf. também, no âmbito internacional: Ralph C. BRYANT, *International Coordination of National Stabilization Policies*, cap. 3: "Coordination Analyzed through the Lenses of Policy Optimization", pág. 35-45.

os seus destinatários. De forma que o direito não saberia ser hoje representativo do conjunto da atividade pública.

O direito possui, entretanto, uma especificidade: ele é o instrumento de coerção de que dispõe o Estado para exercer o controle que a ele pertence com exclusividade. Pois "gerir" ou "guiar" não significa "controlar"<sup>276</sup>. Aquela que pretende utilizar uma outra forma de regulação social não pode deixar de se referir a isto. Uma regulação social não pode, com efeito, libertar-se das disposições jurídicas fundamentais que definem o caráter público da ação, a repartição dos papéis institucionais, a legalidade das ações, a legitimidade das autoridades de decisão e de controle. Mas existe também, ao mesmo tempo, um grave risco de instrumentalização do direito, na medida em que este vale menos para a regra promulgada do que por sua utilidade na implementação das políticas públicas (como, aliás, dos programas de ação).

### *O direito estatal suprido*

É por isto que podemos falar, de alguma maneira, de suprimimento do direito estatal, quando as políticas públicas ou os programas de ação tomam a dianteira do direito no sentido tradicional, na instalação de uma regulação social. Existe uma série de formas de implementar essas políticas que não passam pela utilização do direito. Existe igualmente uma série de políticas públicas cuja natureza, longe de ser regulamentar, é ora distributiva, ora redistributiva, ora constitutiva<sup>277</sup>. E existe também uma série de questões de

<sup>276</sup> Comp. Amita ETZIONI, *A Responsive Society. Collected Essays on Guiding Deliberate Social Change*, Jossey-Bass Publ., 1991, e M. LANDAU e R. SPOUT, "To Manage is Not to Control...", na *Public Administration Review*, março-abril 1979, citados por Patrice DURAN, *op. cit.*, respectivamente pág. 5 e pág. 8.

<sup>277</sup> Theodore J. LOWI, "American Business, Public Politics, Cases Studies, and Political Theory", em *World Politics*, 16, 1964, pág. 677 sq. e ID., "Four

governo que não se ajustam às nomenclaturas jurídicas tradicionais.

Entre estes últimos, aqueles que dizem respeito aos problemas de clima, de ambiente, de segurança e de ecologia não podem mais ser tratados isoladamente pelos Estados-nações. Eles estão ligados de muito perto às questões de equilíbrio mundial. O lugar de predileção para uma suplência do direito estatal é, portanto, prioritariamente fornecido no nível da administração planetária da previsão ou da gestão das dificuldades que podem se apresentar com relação a essas matérias.

É a respeito dessas questões relativas ao clima que os governos nacionais parecem ter tomado o caminho na direção da renúncia de uma regulação ligada à soberania. Trata-se, de fato, de uma matéria de aparência anódina, de qualquer forma suscetível de ser deixada sem grande problema aos especialistas, sem um controle excessivo dos Estados.

Em matéria de clima e de ambiente, portanto, os apelos seguidos a um direito se reduzem a uma espécie de reconhecimento de sua ineficácia. Ele se encontra, pois, por necessidade, e diante da necessidade de ação, suprido por políticas públicas que, por outro lado, se revelam internacionais, e até mesmo — e é aí que são empregados termos em uma aceção inédita — "globais"<sup>278</sup> ou "trans-Systems of Policy, Politics, and Choice", em *Public Administration Revu*, 39, 1972.

<sup>278</sup> O termo "global" rapidamente passou a designar fenômenos relativos ao globo terrestre, e principalmente às questões climáticas, cuja gestão se mostra estar além do âmbito das leis internacionais tradicionais. Assim, em 1990, reuniu-se em Ottawa uma conferência sobre as mudanças climáticas e a segurança na superfície do globo. O título do documento publicado estabelece nitidamente a diferença entre "global" e "internacional": *Climate change, global security, and international governance...*, de Kenneth Bush (Canadian Institute for International Peace and Security, Ottawa, 1990). Cf. também *Global environmental change and international governance*, Oran

nacionais<sup>279</sup>. O qualificativo, que evoca muito bem o fato de que as nações são ao mesmo tempo atravessadas e ultrapassadas pelo fenômeno, está associado às necessidades dos negócios, do comércio, das grandes empresas. É que o desenvolvimento destas últimas se encontra intimamente ligado às questões da poluição e do ambiente. No entanto, tomadas em si mesmas, elas também mostram o desenvolvimento de uma suplência do direito estatal por um tipo de regulação mundial que, algumas vezes, ultrapassa os Estados ou os atravessa sem que eles possam agir eficazmente para se opor a isso.

O fenômeno também pode ser observado em matéria de relações econômicas. Depois de meio século, e sobretudo a partir dos anos 1980, vimos desenvolver-se brutalmente uma interdependência econômica que os anglosaxões denominam "deep integration" — uma espécie de fusão — das economias nacionais em uma economia globalizada. As economias nacionais se tornam cada vez mais sensíveis aos acontecimentos e às políticas (públicas) surgidas no exterior, ou que escapam ao controle dos governos.

A Segunda Guerra Mundial já havia dado um golpe no sistema das "grandes potências" como reguladoras tradicionais da ordem econômica internacional. A França e o Reino Unido saíram consideravelmente enfraquecidas do conflito. Em seguida, novos poderes políticos e econômicos surgiram. Ao mesmo tempo, as mudanças de modelos do

R. YOUNG, George J. DEMKO, Kilapari RAMAKRISHNA (eds.), Univ. Press of New England, Hanover, NH, 1996. É interessante notar que a edição do mês de junho de 1996 do *Journal du CNRS* (nº 78) se intitulava: "Chinat. Enquêtes sur le changement global".

<sup>279</sup> *Transnational Environmental Law and its impact on Corporate Behavior. A Symposium on the Practical Impacts of Environmental Laws and International Institutions on Global Business Development* (Boston, 1991), Eric J. URBANI, Conrad P. RUBIN, Monica KATZMAN (eds.), Transnational Juris Publ., Irvington/Hudson, NY, s.d. (1994).

crescimento econômico dos últimos decênios produziram novos pólos de dinamismo. Assim, o Japão e a Alemanha tomaram a dianteira nas estatísticas econômicas. Essas transformações geraram incerteza.

Estas observações nos levam à questão que, em suma, prova ser a questão fundamental: se os Estados-nações continuarem a estar politicamente organizados em torno de governos nacionais, o que ocorrerá com a soberania deles em um contexto onde a integração econômica em profundidade — ou globalização — continuará provavelmente ainda por muito tempo a correr as diferenças entre as economias nacionais e a solapar a autonomia das políticas implementadas pelos governos nacionais?<sup>280</sup>

Sérios problemas surgiram. Profundas transformações afetam, sem dúvida, o mundo político, econômico e financeiro, que têm, por sua vez, repercussões importantes sobre a vida social dos cidadãos. Os antagonismos crescentes entre a tradicional soberania política nacional e a integração econômica transfronteiriça cada vez maior marcam não apenas o comércio internacional, mas também as economias nacionais. Os agentes econômicos, com efeito, deverão revisar as suas estratégias e rever as suas atividades.

Os Estados se encontram diante de um desafio: governar em matéria econômica quando não são os donos do mercado mundial; ou então pesar o bastante para que a gestão da economia global não lhes escape. Quando se diz que, com o "governo de empresa", passamos de um modelo de patrimonialização para um modelo de contratualização, isto dá bem a medida da transformação radical que se opera<sup>281</sup>. A estabilidade requer um equilíbrio cuidadosa e habilmente estabelecido entre a liberdade dos mercados e a prestação de bens públicos. Ora, mesmo subdesenvolvi-

<sup>280</sup> Cf. Janice E. THOMSON, "State Sovereignty...", *op. cit.*; Peter A. TOMA, Robert F. GORMAN, *International Relations*, *op. cit.*

<sup>281</sup> Alain COURET, "Le gouvernement d'entreprise. La corporate governance", no *Daloz Hebdomadaire*, 22, 8 de junho de 1995, pág. 163-167.

das, as estruturas de gestão mundial, destinadas a perseguir as obrigações de política pública em um mundo interdependente, vêm suprir as decisões estatais na matéria. O GATT, por exemplo, não hesitou em negociar acordos até sobre os fluxos transfronteiriços gerados pelos serviços e pelas indústrias baseadas na informação. É verdade que “as diferenças entre sistemas de criação de direito comercial, de impostos, de seguro social, de tomada de decisão administrativa, de gestão das sociedades, de direito do trabalho [...] têm um efeito sobre a maneira como as empresas rivalizam com as dos outros países no comércio e nos investimentos diretos”. Isto trouxe queixas, pois essa situação traz “uma fricção de sistemas fundada sobre um sentimento de injustiça e de incompreensão”.<sup>282</sup> A convenção de Marrakech e o estabelecimento de uma Organização Mundial do Comércio<sup>283</sup> situam-se nessa linha: quer dizer que a suplência está destinada a crescer, e até se transformar em evicção por parte da autoridade estatal em matéria de decisão econômica.

O mesmo pode ser dito quanto à segurança. A natureza da segurança global mudou. Centrada tradicionalmente na segurança dos Estados, ela se orienta rumo à segurança de todas as pessoas e do conjunto dos habitantes do planeta.<sup>284</sup> Algumas idéias prevaecem, fundamentadas na construção da confiança, da cooperação, da transparência, do desenvolvimento progressivo, da conversão das economias de guerra e das indústrias de armamento, da desmobilização, da desmilitarização<sup>285</sup>. Esses objetivos ultrapassam as fronteiras

<sup>282</sup> *Our global Neighborhood*, *op. cit.*, p. 138.

<sup>283</sup> Sobre a convenção de Marrakech (15 de abril de 1994), o GATT e a OMC, cf. Maurice-Pierre ROY, “L’Organisation Mondiale du Commerce”, em *Droit Prospectif. Revue de la Recherche Juridique* (Aix-en-Provence), 1995/3, pág. 763-798.

<sup>284</sup> *Common Responsibility in the 1990's: the Stockholm Initiative on Global Security and Governance* (April 22, 1991), Prime Minister's Office, Stockholm, 1991.

<sup>285</sup> *Our Global Neighborhood*, *op. cit.*, p. 84.

nacionais. E tanto isto é verdade que vemos intervenções cada vez mais frequentes acontecerem em questões internas dos países por motivos de segurança global.

Em se tratando de segurança global, há dificuldades em estabelecer uma fronteira entre a segurança no sentido militar, e a segurança vinculada às considerações econômicas ou humanitárias. A estratégia sugerida é uma estratégia preventiva “compreensiva”, no sentido weberiano do termo. Ela está centrada em causas ao mesmo tempo políticas, sociais, econômicas e ambientais. É verdade que muitas crises têm por origem a pobreza e o subdesenvolvimento.

A globalização deste tema da segurança, escapando progressivamente à soberania dos Estados-nações, acarreta uma mudança do próprio sentido desse conceito. Ele se estende, de fato, chegando a criar um novo conceito, o da “segurança humana”<sup>286</sup> que visa as ameaças crônicas à dignidade: a fome, as doenças, a repressão. Acrescenta-se a isso a proteção contra as rupturas súbitas e brutais dos modelos da vida cotidiana. Sem esquecer essa parte da segurança do planeta que passa pela proteção do ambiente, e a manutenção do equilíbrio climático que evocamos anteriormente. A segurança global oferece, portanto, aos Estados múltiplos motivos para intervenção nos assuntos que, até aqui, não teriam sido motivo para sua preocupação. Os Estados são levados, em nome da segurança global, a participar da antecipação e da prevenção das crises, mesmo que, no plano individual, não tenham a menor vontade de se imiscuir com o que se passa do lado de fora de suas fronteiras.

No que se refere especificamente ao problema da produção da norma jurídica, podemos a justo título levantar algumas questões quanto à autoridade dos Estados nesse processo. O que ocorre com a soberania de um Estado

<sup>286</sup> Cf. *Humanand Development Report*, 1994.

que se encontra em posição de minoria por sua não adesão? E, em caso de adesão, o que ocorre com a soberania dos Estados que não dão o seu aval a uma das missões previstas? Falamos aqui, e para o momento, de Estado suprido: o Estado suplantado não está muito distante.

### *O direito estatal suplantado*

O direito estatal corre o risco de ser concretamente suplantado por outros tipos de regulação global em decorrência do aparecimento de ordens espontâneas que escapam à regulação estatal, bem como pela ameaça que pesa sobre o equilíbrio internacional.

Um tema bastante comum, por exemplo, nos dias de hoje, é o surgimento dos mercados financeiros espontâneos. Esses mercados "amigáveis se desenvolvem sem autoridade de mercado quando são organizados, e sem regras de organização externamente fixadas, quando são amigáveis"<sup>287</sup>. As companhias multinacionais, transformadas em agentes centrais da globalização das relações econômicas, escapam largamente à regulação tanto nacional quanto internacional. O direito estatal, que tem sempre, em princípio, o monopólio do direito, surge como uma estrutura cada vez mais ausente quando se trata de relações jurídicas de fato, que se fazem cada vez mais à margem do direito estatal.

Isto também pode ser observado na questão, cada vez mais desenvolvida, das formas alternativas de solução de conflitos que surgem e funcionam fora da regulação estatal no sentido estrito e que, conseqüentemente, escapam ao controle do Estado. Essas formas fazem atualmente parte

<sup>287</sup> Marie-Anne FRISON-ROCHE, "Le cadre juridique de la mondialisation des marchés financiers", em *Banque et droit*, n.º 41, maio-junho de 1995, pág. 46. Cf. também.

da cultura jurídica tanto das grandes empresas quanto dos indivíduos que, por motivos que variam de uma sociedade para outra, preferem passar sem a ordem judiciária instaurada e controlada pelo Estado — mesmo sem a proteção que possam esperar dela. Nessas hipóteses, o Estado se vê suplantado sem querer na sua prerrogativa de "proferidor de direito". Os sociólogos nos ensinam, precisamente, que o direito perde atualmente terreno em favor de formas alternativas de regulação social e de solução de conflitos; que os direitos do homem não são um conceito abstrato, mas assumem formas variadas conforme as culturas que os reconhecem, sem o que se trataria de uma nova marca de etnocentrismo europeu; e que a ética, a religião, as regras de convívio que emanam do grupo se tornam cada vez mais freqüentes. Tudo isto ocorre à margem do Estado, e até mesmo contra ele<sup>288</sup>. Eles nos ensinam, também, que não se trata de uma panacéia, que os abusos são numerosos, que é preciso temer, aliás, os efeitos perversos dessas novas formas de vida sociojurídica.

Mas é quando se trata do equilíbrio internacional que podemos com mais facilidade, no momento atual, observar como o Estado se deixa suplantado na sua prerrogativa de proferir o direito. Seria interessante lembrar que o equilíbrio das nações foi o motor da regulação jurídica das "grandes potências" durante o século XVI, na Europa<sup>289</sup>, como resultado da conjunção de uma prática e de um pensamento políticos. Ao lado de um François I mandando diante de Carlos Quinto, ou de um Wolsey mudando as alianças da coroa da Inglaterra segundo as necessi-

<sup>288</sup> Bibliografia fundamental. "Alternativo" em Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito, *op. cit.* Cf. também meus textos: "Du jeu fini au jeu ouvert. Réflexions additionnelles sur le droit post-moderne", em *Droit et Société*, 17-18, 1991: 38-55; "Droit et Société: du constat à la construction d'un champ commun", em *Droit et Société*, 20/21, 1992: 17-38.

<sup>289</sup> Cf. a introdução de *O Pensamento Jurídico Europeu*, *op. cit.*

dades de um tal "equilíbrio", vimos nascer obras como a *Querela Pacis* de Erasmo, ou o *De Jure Belli ac Pacis* de Grotius. Eles fundamentaram o direito internacional sobre o princípio do equilíbrio entre as nações. Encontramos aí regras modernas, claras, sistemáticas, bem como (já!) a justificativa para a ingerência nos assuntos internos dos países estrangeiros. Esta última foi motivada pela ética (uma ética ocidental) e apresentada como o único meio de levar ajuda a minorias oprimidas, de restabelecer os princípios "universais" ou "naturais" violados publicamente, de manter um "equilíbrio" ameaçado por algum soberano que concentrasse em suas mãos um tal poder que seus vizinhos não teriam mais nenhuma chance de igualdade em um confronto armado.

Como sabemos, essa busca de um equilíbrio europeu resultou em uma Europa de nações. A situação contemporânea seria um tipo de revanche do universalismo da filosofia "moderna" do direito e do Estado *através* da globalização? Falase muito do desenvolvimento de princípios, de estratégias, de normas de administração e de desenvolvimento de políticas públicas mundialmente aceitas. Isto é flagrante em campos como a proteção mundial da saúde, a salvaguarda generalizada dos direitos do Homem, ou a vontade de extensão dos regimes políticos democráticos ao conjunto dos países da superfície do planeta. Tomemos este último ponto, bastante revelador de uma perda progressiva de autonomia por parte dos Estados em matéria de regulação pelo direito.

É ao mesmo tempo de cima e de baixo que se implementa progressivamente uma democracia à ocidental na superfície do globo<sup>290</sup>. De cima: a ONU clama por uma

290 Cf. David HELD, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Polity Press, Cambridge, Reino Unido, 1995; Benjamin R. BARBER, *Jihad vs. McWorld*, Times Books, Random House, 1995; ID., *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age*, Univ. of California

implementação globalizada da democracia. Daí, mergulhamos no paradoxo. De um lado, é por intermédio do direito e das instituições internacionais que ela conta fazê-lo; do outro, vemos na realidade, os países ainda denominados "grandes potências mundiais" se erguerem — à margem do direito e das instituições internacionais — como promotores da democracia. De um lado, enaltecemos o papel dos Estados na aplicação de um direito internacional em virtude da sua soberania, que lhes dá legitimidade na produção da regulação jurídica e da coerção. Mas de outro lado, os EUA fazem o bloqueio a Cuba, enquanto que os aliados de Washington não se furtam a criticá-lo por agir solitariamente<sup>291</sup>.

Repetimos com pesar que a Corte de Justiça de Haia foi pouco a pouco marginalizada, e clamamos pela instituição de uma Corte Criminal Internacional. Ressaltamos o exemplo do Centro de Solução de Conflitos em matéria de investimentos criado em 1965<sup>292</sup>. Mas, ao mesmo tempo, o Tribunal Penal Internacional de Haia se pergunta como fazer comparecer Ratko Mladic e Radovan Karadzic, e a França se opõe, na ONU, à criação da Corte Criminal Internacional<sup>293</sup>.

Press, Berkeley/Los Angeles, CA, 1984; ID., "Global Democracy or Global Law: Which Comes First?" em *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1/1, 1993, pág. 119-137; Zehra F. ARAT, *Democracy and Human Rights in Developing Countries*, Lynne Rienner Publ., Boulder, CO., 1991; Robert PINKEY, *Democracy in the Third World*, Lynne Rienner Publ., Boulder, CO., 1994; Francis FUKUYAMA, "Liberal Democracy as a Global Phenomenon" em *Political Science and Politics*, V, 24/4, pág. 659-664.

291 "Paris apela para o respeito à legalidade internacional", *Le Monde*, 4 de setembro de 1996, pág. 3. "Parece ser eminentemente desejável que a mundialização não desembogue em uma estruturação imperial da sociedade internacional" (Brigitte STERN, "Les États-Unis et le droit impérialiste", em *Le Monde* de 12 de setembro de 1996, pág. 12.

292 *Our Global Neighborhood*, op. cit., 310, 323, 326 e *passim*.

293 Cf. *Le Monde*, respectivamente de 27 de junho de 1996, pág. 16, e de 6 de setembro de 1996, pág. 6.

E se nos comprazemos em mostrar a proximidade que existe entre o direito nacional e o direito internacional em razão da forma de produção bastante similar, introduzimos, em contrapartida, a idéia de que a democracia não seria talvez um assunto somente dos Estados. Vemos até surgir uma nova definição do direito internacional, que leva à intervenção de outros agentes além do Estado: "O direito internacional compreende o conjunto de regras e de princípios jurídicos aplicados entre os Estados e também entre eles e outros agentes, aí incluídos os da sociedade civil global e outras organizações internacionais. [...] O desafio, hoje — como no âmbito nacional — está em manter o respeito para com o direito que foi desenvolvido. [...] Embora os Estados sejam soberanos, eles não são livres para fazer individualmente aquilo que desejam."<sup>294</sup>

Eis que surge a democratização global por baixo. São os "movimentos sociais", inicialmente, que, nos países que não possuem uma tradição ou uma situação democrática, criam uma definição alternativa da democracia, baseada na necessidade de ampliar esta última, e para nela incluir práticas sociais e culturais, que não sejam somente as do Estado<sup>295</sup>. Daí resulta uma nova concepção de cidadania, e é através desta que o próprio conceito de democracia será renovado.

Moradia, saúde, educação, direitos dos agricultores sem terra, defesa do meio ambiente, preocupações ecológicas, igualdade de raças e de sexos, livre utilização do corpo e liberação dos comportamentos ligados à sexualidade motivam o aparecimento de grupos de luta pela igualdade de direitos e a instalação de democracias efetivas. As pessoas, a partir da base, reclamam o direito à diferença, de tal

<sup>294</sup> *Our Global Neighborhood*, *op. cit.*, pág. 304 sq.

<sup>295</sup> Evelyn DAGNINO, "An Alternative World order and the Meaning of Democracy", em *Global Visions, Beyond the New World order*, South End Press, Boston, 1993, pág. 239 sq.

forma que a diferença não seja mais uma fonte de desigualdade, e que um Estado não tenha mais qualquer direito a rechaçá-la sob o pretexto de estabelecer uma igualdade como base de um regime democrático. A cidadania é então entendida como um estatuto, mas também substancialmente como um conjunto de atitudes, de papéis e de expectativas, que não obedecem necessariamente a delimitações territoriais<sup>296</sup>.

Porém, quando olhamos para os fatos, constatamos que estamos muito longe de um projeto desse tipo no plano mundial. A maioria das decisões que afetam milhões de pessoas são tomadas fora das fronteiras de seus países, sem o seu consentimento, e até mesmo sem que elas saibam. Elas são tomadas pelos governos dos países centrais, pelas empresas transnacionais, por instituições inacessíveis como o FMI, o Banco Mundial, o G 7. Da mesma forma, muitas das medidas adotadas para salvar, por exemplo, o meio ambiente "global" aparecem sob outro ângulo como um "imperialismo verde"<sup>297</sup>. Algumas, fundamentadas em uma argumentação irreprochável do ponto de vista dos países centrais, como a redução da poluição ou a luta contra a superexploração dos recursos naturais, ou ainda em matéria de agricultura, são recebidas no cotidiano como mais entes para o desenvolvimento de países menos desenvolvidos ou mais endividados, e até mesmo obstáculos desmesurados para a manutenção da vida de seres humanos nos países mais pobres. Está claro que os "diktats" externos suplantam muitas vezes o Estado na sua soberania de regulação social, a despeito de todas as aparências.

Em resumo, "quer que o deploremos ou quer que nos alegremos, nossos países não mais constituem, e cada vez

<sup>296</sup> Richard FALK, "The Making of Global Citizenship", em *Global Visions*, *op. cit.*, pág. 39 sq.

<sup>297</sup> Cf. Vandana SHIVA, "The Greening of the Global Reach", em *Global Visions*, *op. cit.*, pág. 53 sq.

menos constituirão no futuro, os lugares no seio dos quais as políticas econômicas poderão ser conduzidas”<sup>298</sup>. Nos últimos decênios, o direito estatal não parou de perder o seu “império”. Atualmente, coexistem no mesmo espaço político ordens jurídicas estatais e não-estatais que são um desafio à concepção moderna de Estado e de direito. A intensificação generalizada das práticas transnacionais assim como os acordos regionais interestatais contribuem para a contestação das soberanias nacionais, tais como foram tradicionalmente concebidas, e para a globalização de conceitos e de práticas jurídicas que lembram antigas reivindicações dos antipositivistas. Estes não cessaram historicamente de se colocar em guarda contra a onipotência do Estado contra a inviolável “liberdade natural” do indivíduo — os direitos do homem são anteriores ao aparecimento do Estado. Muitos dentre eles reclamaram infatigavelmente a liberdade do comércio para além das mesquinhas regulamentações estatais que se dizem protetoras dos cidadãos em detrimento do comércio — essa livre concorrência que o neoliberalismo reivindica hoje em nome da lei do mercado.

É forçoso constatar que não podemos mais falar de regulação social, de regulação jurídica, de produção normativa, de produção do direito, de tomada de decisão política... sem levar em consideração a fragmentação da soberania e a segmentação do poder que caracterizam as sociedades contemporâneas. Fragmentação, porque o princípio de que o Estado tem a autoridade suprema sobre todas as matérias no interior de suas fronteiras territoriais não se verifica mais nos fatos. Segmentação, porque, na medida em que essa fragmentação coincide com os domínios de ação específicos, o poder se encontra fracionado

<sup>298</sup> Dominique STRAUSS-KAHN, “Souverains mais solidaires”, em *Le Monde*, 15 de maio de 1992. O autor era então ministro da Indústria e do Comércio Exterior do governo francês.

em campos de regulação relativamente autônomos, tendo cada um seu objeto, seus agentes e suas formas de decisão e de implementação dessas decisões. Entende-se, portanto, que as formas de produção da regulação — e mais precisamente as formas de produção do direito — não podem deixar de ser afetadas.

#### **Formas contemporâneas de produção e de implementação das normas jurídicas**

A situação contemporânea é ao mesmo tempo confusa e complexa. Percebe-se, com efeito, uma sólida permanência das formas de produção normativas tradicionais, nos interstícios da qual vêm infiltrar-se tipos de produção jurídica que poderíamos qualificar como “pós-modernos” na medida em que constituem uma superação — e muitas vezes a *contrário* — da filosofia “moderna” do direito e do Estado.

#### *Estado descentrado, Estado reforçado*

A permanência de uma produção jurídica do tipo tradicional se deve a um certo número de fatores. Existe, inicialmente — mas não insistiremos neste ponto —, toda uma série de matérias nas quais a persistência de uma produção de regulação pelo direito não traz qualquer problema. O mesmo ocorre com muitas matérias que tocam no que, nos direitos que se relacionam com a nossa tradição jurídica, diz respeito ao direito civil. Trata-se, também, de uma série de efeitos perversos que fazem com que um Estado descentrado tenda a reforçar-se. Trata-se, enfim, da dificuldade que existe, na realidade, em distinguir o “global” do “internacional”. Essa última situação contribui para desenvolver uma imagem do Estado, que poderíamos esboçar sob duas rubricas: como uma última cidadela contra a invasão do “global”, ou como o último ator capaz de representar o papel do guarda.

Não é de hoje que se fala do desencantamento do Estado<sup>299</sup>. E no entanto o Estado ainda está aí, e bem sólido. Ele até mostra, depois que previsto o seu declínio, ou até declarada a sua morte, uma volta à cena espantosa. Para muitos, com efeito, e apesar de todos os defeitos que ninguém se cansa de atribuir-lhe, ele surge como o único agente de peso suscetível, em muitos casos, de proteger contra essa nova "ordem global" que se introduz através da economia.

Mesmo que esse reforçalecimento do Estado apareça para os futuristas da gestão mundial como um obstáculo a um verdadeiro governo global, a prática contemporânea reconhece que os Estados e os seus governos ainda são primordiais. Embora se mostre problemático, o Estado ainda é o melhor agente para que se obtenham os resultados esperados de tomadas de decisão que muitas vezes o ultrapassam, e para incorporar a essas decisões os controles e as salvaguardas necessárias.

Não há dúvidas de que não cabe uma visão maniqueísta sobre a questão. Muito curiosamente, o próprio Estado participa, sob diversos aspectos, da sua própria descentralização. Podemos analisar este processo de maneira muito diferente do que parece, e ver na propensão do Estado, para organizar a sua própria descentralização, uma forma de recuperar o seu poder, talvez de assegurar a sua expansão segundo novas modalidades. As políticas de retorno a uma maior responsabilidade comunitária, quando são sustentadas pelo Estado, ressoam como uma estratégia de poder<sup>300</sup>. Ao estabelecer, ele mesmo, as regras do jogo

<sup>299</sup> Helmut WILLKE, *Entzauberung des Staates*, Athenäum, Königstein, 1983.

<sup>300</sup> Sobre o fato de que as experiências alternativas terminam por reforçar o controle do Estado, cf. Stanley COHEN, *Visions of Social Control*, Polity Press, Cambridge, 1985, pág. 30-31, citado por Wanda DE LEMOS CAPELL-

dessas comunidades, assegura uma reprodução da sua imagem que, no fim das contas, leva a um questionamento da distinção até aqui clara entre o que dizia respeito a uma regulação do Estado e do que não dizia. O direito estatal, com efeito, pode se desengajar e ao mesmo tempo estar mais presente. De um lado, por exemplo, ele se desengaja progressivamente e de forma confessada da sua função de Estado-de-bem-estar; mas, ao mesmo tempo, desenvolve o seu apoio às corporações e ao capital transnacional. De um lado, ele parece perder a sua soberania se engajando em um processo comunitário (por exemplo, no nível da União Européia); mas, ao mesmo tempo, ele reforça a sua posição com sua presença forte nos organismos comunitários e supra-estatais de segurança pública.<sup>301</sup>

Podese dar uma explicação desse fenômeno através da distinção entre direito e regulamentação<sup>302</sup>: é através desta que o Estado estaria se reintroduzindo, mesmo que de uma maneira "larvar", nas questões econômicas. E isto não é absolutamente inexistente; mas, ao mesmo tempo, podemos nos indagar se essa visão ainda não é um tanto maniqueísta; pela definição restritiva que ela apresenta do direito, constitui um retorno a quem da concepção positivista comumente aceita por nós; além disso, ela não leva em grande conta as diferenças de cultura jurídica — notadamente entre a nossa concepção romano-canônica e a concepção do direito e a prática jurídica anglo-saxônica; uma tal concepção, enfim, não integra talvez um certo número de

LER, "Rênix e o Eterno Retorno: a dialética entre a "imaginação criminológica" e a força do Estado", em Edmundo LIMA DE ARRUDA JR *et al.*, *Ligas de Direito Alternativo 2*, Editora Acadêmica, São Paulo, 1992, pág. 66-67.

<sup>301</sup> Cf. "Globalisation de la démocratie ou globalisation du contrôle?" em Wanda DE LEMOS CAPELLIER, *L'engrenage de la répression*, LGDJ, Paris, 1995, pág. 195-215.

<sup>302</sup> Marie-Anne FRISON-ROCHE, "Les enjeux de la dérégulation", em *Revue des Deux Mondes*, set. 1996, pág. 68-78.

fatores que modificam radicalmente a natureza do processo contemporâneo de produção da nova regulação.

Seja como for, existe uma série de efeitos perversos de uma segmentação da qual poder-se-ia pensar que atuaria sistematicamente em detrimento do Estado. Da fragmentação da soberania estatal, poder-se-ia também induzir o aparecimento de uma nova lógica que substituiria aquela, simples, da delegação de autoridade pela sociedade civil ao Estado. Não é assim que ocorre. Nós não percebemos (pelo menos não por enquanto) modelo coerente de lógica clara neste desenvolvimento diferenciado do Estado. Os ritmos de desengajamento são diferentes, os processos são mesmo, algumas vezes, contraditórios. Não existe uma dialética rigorosa do descentramento e do recentramento.

Isto se deve provavelmente, pelo menos em parte, à diversidade dos modos de apreensão destas questões. De um lado, pretende-se restaurar a função reguladora do mercado, considerada como uma ordem espontânea,<sup>303</sup> eficaz e garantidora da liberdade. Tal afrontamento praticado segundo regras e decidido por uma superioridade de habilidade, de força ou de sorte<sup>304</sup> não é limitado pelo emprego da violência, reduzida “à manutenção em vigor efetivo de regras de justa conduta uniformes e igualmente aplicáveis a todos”<sup>305</sup>. A intervenção por via da autoridade, em um tal contexto, só faria criar a desordem: a lei deve se limitar a melhorar as oportunidades de todos. Essa idéia de um Estado mínimo, condena toda medida protecionista como imoral e injusta<sup>306</sup>. De outro, mantém-se a concepção

303 Friederich A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, trad. Francesa, t. 2, *Le montage de la justice sociale*, PUF, Paris, 1981, ch. 10, “L’ordre de marché ou catallaxie”, p.129 sq.

304 *Ibid.*, p. 139.

305 *Ibid.*, p. 148.

306 Faz-se aqui referência, obviamente, aos desenvolvimentos de Robert NOZICK, *Anarchie, État et Utopie*, trad. française, PUF, Paris, 1988.

de um Estado como última proteção para os seus cidadãos, mesmo à custa de medidas protecionistas. Até mesmo os Estados Unidos, ao produzirem um *Communication Decency Act* (1 de fevereiro de 1996) para lutar contra a pornografia na rede INTERNET, dificilmente controlável devido às suas dimensões, não fogem à regra. A China, temendo a subversão, toma medidas para controlar os servidores. A Europa age da mesma forma para levar os próprios operadores a controlar as informações que eles colocam em linha.

Além disso, existe um paradoxo no fato da globalização diminuir o papel do Estado. É a este último, na realidade, e por mais estranho que isso possa parecer, que cabe — já se chamou a atenção para este aspecto<sup>307</sup> — assegurar a melhor regulação possível da esfera social no difícil contexto sócio-econômico, descrito acima como sendo consequência da globalização das trocas. Ele o faz através de políticas públicas, mas sobretudo editando regras de direito. Na realidade, ao Estado cabe oficialmente o papel de melhorar o funcionamento do mercado, de promover a equidade e de proteger os trabalhadores vulneráveis. A intervenção dos poderes públicos se justifica plenamente pelo fato que eles podem se apoiar sobre os movimentos sociais locais. Eis aqui um outro paradoxo: ao fazê-lo, o Estado garante uma participação da sociedade civil na produção da regulação jurídica. Também paradoxalmente, a globalização das trocas proporciona, pela mesma ocasião, um novo impulso aos sindicatos que são racionalmente os interlocutores natos para toda negociação coletiva sobre os salários e as condições de trabalho no seio das empresas. Cúmulo do paradoxo: é da regulamentação estatal — em princípio marginalizada pelo aparecimento de múltiplos centros de decisão de regulação — que se espera ou se requer ainda fixar as regras do jogo entre empregados e

307 Cf. Lição n° 2, *supra*. Texto correspondente à nota 25.

empregadores: direitos e deveres recíprocos, regras de higiene, regras de segurança...

Ao mesmo tempo que se faz cada vez menos presente em razão do aparecimento de autoridades concorrentes, o Estado consegue se reforçar no decorrer desta dinâmica complexa que se estabelece entre o global e o local. E ele o faz, no essencial, segundo modalidades de produção da norma jurídica tradicional.

### *O Estado-gendarme*

Não somente o Estado-nação está longe de estar moribundo, mas ele é até mesmo instigado a desenvolver seu poder tradicional de regulação e de coerção pelo direito. E, de fato, com ele que contam as instâncias supra-estatais para implementar, no interior das fronteiras nacionais, as decisões que são tomadas no exterior.

Até mesmo aqueles que advogam por uma "governança global" proclamam bem alto: "O Estado de direito foi a pedra angular ética de toda sociedade livre; respeitá-lo é tão essencial para a comunidade de vizinhança global quanto para a comunidade nacional. Falar de "governance" global sem direito seria contraditório. Sua primazia é uma pré-condição para uma "governance" global efetiva"<sup>308</sup>. Eles não hesitam em afirmar a necessidade de utilizar os poderes do Estado para estimular de forma equilibrada as energias de um setor privado que garanta lucro, aquelas dos mercados globais, assim como a competitividade, e para garantir a segurança, um quadro de regulação para a competitividade, um meio ambiente de qualidade e um sentido de equidade e de coesão social.

Este indispensável apelo ao Estado tradicional, que chega a ser mesmo um *leitmotiv*, é bastante paradoxal visto que

<sup>308</sup> Commission on Global Governance, *Our Global Neighborhood*, *op. cit.*, p. 67, e ch.6 sobre o reforço do Estado de direito no mundo inteiro.

o objetivo confesso dos autores deste relatório sobre a governança global consiste em reformar a ONU para reforçar os poderes desta instituição em detrimento daqueles dos Estados-membros. No final do seu relatório, retomam o tema em termos pouco duvidosos: "A comunidade de vizinhança global do futuro deve ser caracterizada pelo direito, não pela ausência de direito"; mas sem esconder o paradoxo: "A produção do direito evoluiu, mas a sua progressão no centro do sistema presente permanece uma herança do passado. Ela convinha a uma comunidade mundial abrangendo relativamente poucos Estados e onde a tecnologia, a população e o meio ambiente não constituíam temas de preocupação. Tratava-se de uma abordagem "de lazer" — como se fosse um passatempo de clube — da produção do direito internacional, que simplesmente, não pode mais servir à sociedade global contemporânea."

Em suma, os Estados-nações continuam indispensáveis para desempenhar o papel de guardas, de "gendarmes" de uma ordem internacional que não pode mais ser objeto de uma regulação pelo direito internacional clássico — sem todavia, questionar a natureza consensual do direito internacional em si. Ainda se diz: "A fraqueza do sistema jurídico internacional, hoje, é largamente um reflexo da fraqueza do sistema internacional no seu conjunto." Enquanto se espera uma reforma em profundidade da regulação internacional, são os Estados que continuam a ser os produtores de direito e também os encarregados de sua aplicação<sup>309</sup>.

Estado descentrado, Estado reforçado: no domínio específico do controle, Stanley Cohen já havia enunciado este princípio. Podemos generalizá-lo aqui ao conjunto do direito. O Estado, no contexto econômico e financeiro mundial, desempenha ainda um papel capital, e principalmente de fortaleza e de "gendarme", mesmo se devemos

<sup>309</sup> *Ibid.*, p. 329-333, *passim*.

relativizar as diferenças entre funções que se mostram muitas vezes complementares.

#### *Estado anêmico, novas diplomacias*

A essa permanência de uma produção jurídica de tipo tradicional se soma a emergência de um tipo de produção jurídica que poderia ser qualificada de "pós-moderna". Ela provém da renovação da concepção do papel do Estado, levado a se transformar amplamente em estrategista, bem como do forte retorno da sociedade civil, que o Estado tem que levar em consideração e o qual ele deve levar em conta.

#### *O Estado-estrategista*

Pode-se perguntar se o essencial do papel do Estado consiste nas funções onde ele continua exercer um poder — no final das contas — bem tradicional de enunciar o direito; sua verdadeira função não seria hoje, preferivelmente, a de "definir as regras do jogo e harmonizar os comportamentos dos atores econômicos"<sup>310</sup>, em outras palavras, a de ser "um regulador"?

É um tema comumente debatido nas nossas comunidades científicas; e um dos principais interesses da contravérsia consiste provavelmente na análise da passagem da ação política do modo de governo à governança. A idéia é de que as regras estabelecidas no pós-guerra não podem mais assegurar uma boa estabilidade da ordem internacional. Hoje, os grandes poderes tradicionais são confrontados com as exigências do resto do mundo que tem o seu recado a dizer na governança global. Tudo isso é agravado pela corrupção, pela criminalidade, pelas forças que se aproveitaram desta instabilidade. As noções de cidadania, de soberania e de autodeterminação são desafiadas.

<sup>310</sup> Jacques CHEVALLIER, *Institutions politiques*, LGDJ, Paris, 1996, p. 158.

Diz-se de alguns campos da soberania que eles devem ser exercidos coletivamente<sup>311</sup>. De fato, territorialidade, independência, não-intervenção perderam progressivamente os seus significados: permeabilidade crescente das fronteiras, fluxo global da moeda, das ameaças, das imagens, das idéias, fizeram desabar as barreiras nacionais que protegiam a autonomia e o controle estatal. Muitas das ameaças sobre a humanidade decorrem de problemas que nascem no seio das nações (guerras civis, conflitos étnicos). A soberania territorial está ameaçada igualmente pelos "movimentos transfronteiriços ilícitos". Além disso, a gestão dos negócios nacionais tem, cada vez mais, repercussões que ultrapassam as fronteiras, como as alterações nas políticas de taxas de juro na Alemanha, no Japão ou nos Estados Unidos, que têm efeitos imediatos sobre a dívida nacional e as perspectivas de emprego nos outros países do mundo. É preciso levar ainda em conta os interesses fundamentais da humanidade que prevalecem às vezes sobre os direitos ordinários dos Estados particulares.

Em síntese, os Estados continuam a assumir importantes funções e devem ter os meios para realizá-las. Mas isto só pode ocorrer com o consentimento permanente e a apresentação democrática das pessoas. Eles são progressivamente requisitados mais no sentido de implementar estratégias com base nos interesses dos cidadãos, do que funcionarem no sentido *top-down* para o bem-estar destes últimos e segundo os padrões dos governantes. Sob as condições da globalização, como o Estado vai governar? *Governo*: eis, aliás, uma palavra que convém dissecar. Governar é exercer um poder, o "poder governamental", ligado à soberania do Estado. Designa-se por "governo", na linguagem corrente, esta parte da estrutura estatal que detém o poder de dirigir um Estado, de agir de forma adequada para tal,

<sup>311</sup> *Our Global Neighborhood*, *op. cit.*, p. 67: "Os países devem aceitar que, em certas áreas, a soberania deva ser exercida coletivamente."

de executar as direitas do ou dos detentores da soberania. A efetividade deste governo depende da "governabilidade" de que ele dispõe num contexto determinado<sup>312</sup>. Se essa governabilidade diminui ao ponto de entrar sua ação, será que se pode ainda dizer do governo que ele governa? Não seria conveniente procurar um termo que correspondesse mais especificamente à margem de manobra de que ele dispõe? Alguns termos tendem precisamente a se substituir aos de "governo", de "lei" e mesmo de "regulamentos": são os de "governância", de "políticas públicas", de "ação direta", de "resolução de conflitos"<sup>313</sup>.

Tratando-se especificamente de "governo", os anglosaxões dispõem de dois termos: "*government*" e "*governance*". Este último, associado à palavra "*global*", no sentido exposto mais acima, passou a sugerir uma espécie de condução dos negócios que não estaria absolutamente ligada a uma onipotência do tipo daquela que é atrelada à soberania estatal. Seria mais do que "pilotagem" ou "condução" ou "orientação" (facilmente identificado com o termo inglês "*control*"<sup>314</sup>) e menos do que "governo" propriamente dito.

A Comissão sobre a "*Global Governance*" define a "*governance*" como "a soma das diversas vias através das quais indivíduos e instituições, tanto da esfera pública como da esfera privada, conduzem seus negócios comuns"<sup>315</sup>. Trata-se, pois, antes de mais nada, de uma gestão, de uma administração, mas que não se reduziria à gerência ou intendência. Isto supõe também autoridade, mas uma autoridade compartilhada: enquanto que a ação do poder

312 Assim, fala-se de uma menor governabilidade contemporânea das democracias ocidentais, cf. Jacques CHEVALLIER, *Institutions politiques*, *op. cit.*, p. 69, citando Michel CROZIER, na RFAF, n. 15, 1980.

313 Sobre este aspecto, ver por exemplo a síntese feita por Christine B. HARRINGTON, "Popular Justice, Populist Politics: Law in Community Organizing", in *Social & Legal Studies*, 1/2, 1992, p. 180 sq.

314 Cf. Jacques CHEVALLIER, "O conceito de regulação", *op. cit.*, p. 86.

315 *Our Global Neighborhood*, *op. cit.*, p. 2 (TDA).

executivo exclui toda escolha de ação que não a sua, a condução dos negócios "globais" exige uma gestão coletiva. Evocar o governo pela "*governance*" remete, portanto, a uma visão radicalmente diferente daquela que nos legou a filosofia política "moderna" da soberania estatal. Nós utilizaremos o termo "governância" para designar o que não tem ainda equivalência em um vocabulário estabelecido para dar conta de uma realidade que não tem nada a ver com aquela que nós começamos a viver.

Este tipo de olhar evoca os propósitos defendidos sobre a regulação. Pelo próprio fato de que a regulação se torna um paradigma, ela tem semelhança com a uma orientação da ação no contexto de um sistema organizado, mantendo trocas com o seu meio ambiente e implementando processos de adaptação<sup>316</sup>. Será que devemos nos surpreender com isso quando se sabe de um lado que a regulação se tornou uma palavra-chave das análises econômicas e financeiras e, de outro lado, que os Estados contemporâneos são instados — seja pelo direito ou pelo modo que melhor lhes pareça — a assegurar, antes de tudo, a regulação da economia e dos mercados financeiros? O perigo é tão grande que nossos melhores juristas denunciavam "uma verdadeira decomposição do sistema jurídico pelo mercado"<sup>317</sup>.

316 C'est exactement cela que postulent ceux qui parlent de réguler l'ordre global. On retrouve cette problématique, par exemple, dans rapport de la *Commission on Global Governance*, *op. cit.* On peut ainsi y lire: "Quoique liée à la réponse à des requêtes spécifiques dans des domaines relevant de questions variées, la "*governance*" doit adopter une approche générale des questions de survivance et de prospérité de l'humanité. En reconnaissant la nature systémique de ces questions, elle doit proposer des approches systémiques pour en traiter" (p. 4 [TDA]).

317 Jean-Arnaud MAZÈRES, "L' un et le multiple dans la dialectique marché-nation", in *Marché et Nation. Regards croisés*, STERN, Brigitte (org.), Montchrestien, Paris 1995. p.145. Sobre os mercados financeiros, cf. "As transformações do direito dos mercados financeiros", trad. de um artigo aparecido na revista *L'Année Sociologique* (Paris, 1999).

Falar de regulação implica um outro interesse, pressupondo a "ideia de *harmonia dos interesses*", a possibilidade de "fazer coletivo a partir do individual" ao mesmo tempo que a "racionalidade da organização social", um "universo social pacífico", e a imagem de "um terceiro regulador", uma instância capaz, por sua posição de exterioridade e de superioridade em relação aos interesses em jogo, de trazer de volta a diversidade à unidade, a heterogeneidade à homogeneidade, a desordem à ordem.<sup>318</sup> Aplicada à ação do Estado, a regulação é assim susceptível de substituir a este último uma legitimidade, fazendo dele "o princípio da ordem e da coesão".<sup>319</sup> Mas "regulação" se aplica também, em contrapartida, ao "mercado" dotado, segundo a doutrina neoliberal, de uma função reguladora bem mais susceptível que o Estado de harmonizar racional e equitativamente os comportamentos. Ao Estado, é então solicitado, conseqüentemente, conduzir políticas de desregulação.<sup>320</sup> Em última instância, pode-se falar de "governância" sem "governo".<sup>321</sup>

O Estado se torna, em larga medida, um estrategista. Os chefes de Estado se transformam sem pudor em caixeiros viajantes. As reestruturações das forças armadas se desviam em problemas de ética política e jurídica: é necessário optar pelo voluntariado ou pela benevolência do serviço militar nacional voluntário? Da mesma forma, o Estado se esgota em táticas para obter, com relação às políticas pú-

blicas de proteção do meio ambiente ditadas em escala mundial, soluções de compromisso com os caçadores, os agricultores, os reflorestadores, os industriais e os ecologistas.<sup>322</sup>

A redução da atividade estatal em matéria de produção de normas de regulação se torna crucial em um contexto de globalização da economia sob a égide do "mercado". Ao ponto que o grande problema contemporâneo, em matéria de regulação jurídica, consiste em saber se a regulação globalizada é realmente, e no fundo, apenas um simples prolongamento atualizado, da regulação nacional — uma extensão, por imitação, da regulação internacional — fundada sobre a concepção "moderna" da soberania do Estado e da produção estatal do direito. Perceber uma mudança da natureza da regulação sob o efeito da globalização do comércio seria, ao contrário, fundamental pelas conseqüências que isto poderia trazer a médio e longo prazos sobre a nossa relação com o Estado, com a sua soberania, com o seu direito e com as instituições reproduzidas a partir do modelo do Estado como são as instituições de governo regional e internacional.

A governância se opera, com mais freqüência, através de políticas públicas, que aparecem assim como estratégias destinadas a preservar a identidade de uma comunidade contra agressões externas. Estas políticas podem ser locais, nacionais, regionais. Elas podem também ser globais, se a comunidade a preservar é a do planeta.

Ação direta é a de grupos constituídos que estabelecem no terreno verdadeiras estruturas de ação, em função de

318 CHEVALLIER, Jacques, "O conceito de regulação", *op. cit.*, p.87-88.

319 *Ibid.*, *ead. loc.*

320 Cf. P. ex T. DAINTITH (Ed.), *Law as an Instrument of Economic Policy: Comparative and Critical Approaches*, New York, 1988; M.F. TOINET, H. KEMPF, D. LACOME, *Le libéralisme à l'Américaine. Le droit étatique et le Marché*, Paris, 1989.

321 Cf. James N. ROSENAU, Ernst-Otto CZEMPIEL (eds.), *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge, Univ. Press, Cambridge (UK) New York, 1992, mesmo se a obra é bastante centrada nas questões de organização e de relações internacionais.

322 Isto é evidente, por exemplo, com a implementação da diretiva "HABITAT", instaurada pelo Conselho de Ministros da Comunidade Europeia no mês de maio de 1992, prevenindo o estabelecimento de Zonas Especiais de Conservação antes de 2006, e a criação de um esquema global de proteção da natureza e da biodiversidade na Europa com a rede "Habitat 2000".

laços, de interesses e de objetivos comunitários. Os movimentos sociais são majoritários na origem destas estruturas. Sua ascensão eventual (e relativamente freqüente) ao rol de organizações não-governamentais lhes permite participar no processo de elaboração das normas de regulação. Estas últimas são jurídicas? A distinção precedente entre governança, políticas públicas, ação direta e resolução de conflitos se confirma útil aqui: o direito, de fato, desempenha um papel mínimo na governança e na ação direta. Ele pode ter um papel mais importante nas políticas públicas e na resolução de conflitos — nas quais, repitamos, os tribunais não desempenham mais hoje o único papel, mesmo se ele permanece ainda aparentemente central nas nossas sociedades. Mas, de qualquer maneira, o direito assim evocado é um direito radicalmente diferente daquele que nos legou nossa tradição cultural, em particular pelo seu modo de produção. Ele associa cada vez mais, neste campo, a sociedade civil ao trabalho de seus governantes.

### *O retorno da sociedade civil*

É o conjunto das questões ligadas às identidades, às culturas, ao retorno de um conceito de nação não necessariamente ligado ao do Estado que precisaria ser aqui evocado. E também a questão do regionalismo — no sentido de comunidades regionais a partir das quais parecem se delinear novas fronteiras através do mundo, e cuja abordagem não pode ser isolada do contexto global<sup>323</sup>. Dessa forma, o retorno do cidadão através de acordos regionais é um fato novo que coloca em questão a onipotência estatal em matéria de regulação da sociedade. Numerosas novas associações surgem aspirando intervir na produção normativa no âmbito de sua ação específica: no que diz respeito

à Europa, por exemplo, associações para prevenção de acidentes domésticos, de consumidores para uma defesa mais eficaz de seus interesses, de trabalhadores sociais, associações mutualistas para um projeto de carta social europeia, associação de defesa da infância, de promoção da adoção etc.

O retorno da sociedade civil se manifesta de forma crescente. Isto ocorre de maneira muito visível, nas contestações recorrentes, sobre os assuntos mais diversos, do Estado, do qual justamente se espera que elas emanem, para reivindicar uma participação na elaboração da regulação social, ou até mesmo na elaboração das regras de direito. O que se passa no nível local oculta, com freqüência, uma realidade mais global, que consiste no desenvolvimento de uma contestação generalizada do Estado como modo soberano de regulação das condutas privadas e coletivas, das relações sociais, e geralmente sobre a maneira pela qual ele não consegue gerir uma economia cujas rédeas lhe escapam cada vez mais. Reclamava-se do Estado uma proteção: e já que ele não consegue assegurá-la, procura-se em "outro lugar", procura-se "de outra maneira". É assim que os movimentos de cidadãos assumem amplitude por toda a parte. É dessa forma que se desenvolvem as Organizações não-governamentais<sup>324</sup>, por intermédio das quais as forças sociais organizadas tencionam se elevar até

<sup>323</sup> Comissões regionais especializadas da ONU esforçam-se em associar as "regiões" à "governance" global e em forná-las neste sentido. Cf. *Our Global Neighborhood*, op. cit., p. 286 sq.

<sup>324</sup> Cf. o caso de Mr. Kafe POMERANCE, Presidente de *Friends of the Earth* (FOE) no início dos anos 80. Ele tinha criado uma parceria entre os EUA e as ONGs canadenses trabalhando sobre as chuvas ácidas. De 1986 à 1993, ele foi *Senior Associate at the World Resources Institute* (WRI), onde se dedicou aos aspectos científicos e de política pública das questões relativas à mudança climática do globo e ao buraco de ozônio. Em 1996, ele foi *Deputy Assistant Secretary of State* para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento. Ele foi, assim, chefe da delegação dos Estados Unidos nas negociações sobre a mudança climática e na Convenção sobre a Biodiversidade. Ele proferiu uma conferência de grande interesse, sob o patrocínio do *Global Studies Research Program* da Universidade de Wisconsin, em Madison, em abril 1996.

o nível onde são tomadas decisões intergovernamentais. Agindo em interação uns com os outros, é preciso ainda levar em conta as sociedades internacionais e o mercado global de capitais, sem esquecer os *mass media* globais, cuja influência é considerável, principalmente desde o desenvolvimento das comunicações por redes informatizadas (INTERNET, CompuServe, etc.) e por satélites. Existem, atualmente, novos atores nas tomadas de decisão em matéria política, econômica, social, cultural, ambiental, etc., os quais não é mais possível ignorar.

O termo "*governance*" se revela assim, muito apropriado. Estes atores, de fato, não atuam no campo da ação governamental no sentido estrito. Trata-se da implementação de um processo complexo de tomada de decisão interativa, dinâmica, projetiva, chamada a evoluir constantemente para responder às circunstâncias variáveis. A contribuição de uma diversidade de pessoas e de instituições competentes e interessadas em uma solução satisfatória da gestão se confirma, então, inestimável. Parceria, redes, atores globais, tornam-se conceitos que se substituem à velha idéia da tomada de decisão soberana *top-down* em nome da autoridade pública. O fato de compartilhar a informação, o saber, os recursos e as capacidades, permite desenvolver políticas e práticas mútuas nos interstícios da intervenção estatal ou interestatal sobre questões de interesse comum.

Não se deve ocultar o fato de que se a questão da falta de participação do cidadão está resolvida pelo menos em parte, outros problemas surgem, notadamente, pelo fato da multiplicação do número de atores, o que aumenta a complexidade, já não desprezível, dos processos de decisão. Alguns dos projetos das diversas entidades representadas se revelam compatíveis, outros não. Alguns são motivados por interesses positivos para a humanidade e para o espaço que ela ocupa, mas outros são negativos, interesseiros, e até mesmo destrutivos. Os Estados-nações, únicos detentores legítimos da soberania, possuem, no final das contas,

a última palavra; mas é certamente positivo que eles sejam, não obstante, levados a ajustar seus meios a todas as forças que surgem, aproveitando-se, ao mesmo tempo, dos recursos que elas oferecem.

Tem-se um bom exemplo deste diálogo social, desta troca de experiências e de informações, no âmbito dos órgãos institucionais europeus. Existem redes de especialistas nacionais, na maioria das áreas que podem ser objeto de políticas públicas. Diversos organismos assistem as autoridades. Por exemplo, há um Comitê econômico e social no qual participam notadamente os parceiros sociais, ou então a Fundação Européia para a Melhoria das Condições de Vida e de Trabalho (Dublin), que tem por missão promover a política social da comunidade. Têm também vários comitês de especialistas que participam da elaboração dos textos preliminares, que resultam nas recomendações ou convenções tomadas pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa: mais de dez comitês de direção apenas para os assuntos relativos aos problemas da família e dos trabalhadores sociais<sup>325</sup>, Conferência permanente dos poderes locais e regionais da Europa, que discute igualmente os problemas sociais, como o desemprego dos jovens ou a sua situação no meio urbano; Comitê de especialistas responsáveis pela fiscalização da Carta Social européia de 1961; *Organização Internacional do Trabalho*, que fiscaliza o Código europeu da seguridade social de 1964 etc.

As Organizações Internacionais Não-governamentais (ONG) desempenham hoje, e cada vez mais, um papel

<sup>325</sup> Comitê de direção para os direitos do homem, Comitê de direção sobre a política social, Comitê de direção para o emprego e o trabalho, Comitê de direção para a seguridade social, Comitê de direção para os problemas criminais, Comitê europeu sobre a população, Comitê europeu da saúde, Comitê europeu sobre as migrações, Comitê europeu de cooperação jurídica, Comitê europeu para a igualdade entre as mulheres e os homens, Conselho de cooperação cultural.

crucial na produção da norma jurídica, não apenas na Europa, mas no plano internacional. Várias dentre elas têm status consultivo oficial<sup>326</sup>. Certamente, a cooperação entre as instâncias dirigentes das alianças regionais ou as instituições internacionais de um lado e as organizações Não-governamentais, de outro, padece ainda freqüentemente de uma falta de institucionalização. Todavia, as coisas se aperfeiçoam progressivamente. Da simples troca de informações, passa-se à participação nas reuniões das organizações regionais ou internacionais, e em seguida, à associação com negócios correntes; com freqüência, as ONG são convidadas oficialmente a participar das sessões plenárias de diversas assembleias. Elas recebem a ordem do dia e os documentos de trabalho; elas até participam às vezes das reuniões e da redação dos relatórios de algumas comissões; elas cooperam freqüentemente com os comitês de especialistas governamentais.<sup>327</sup>

<sup>326</sup> Confederação dos Organismos da Família, União Internacional dos Organismos da Família, Movimento Internacional ATFD — Quarto Mundo, Confederação Européia dos Sindicatos, Conselho Internacional da Ação Social (I.C.S.W.) etc.

<sup>327</sup> Na Europa, por exemplo, desde 1976, existe uma Comissão de coordenação das ONG, eleita pela Conferência plenária anual. O secretariado é assegurado pela Direção dos Assuntos Políticos. Essa Comissão foi complementada, em 1982, por uma Comissão mista composta de parlamentares europeus e de membros da Comissão de coordenação das ONG (Res. 754/1981 da Assembléia). Cumpre citar ainda a cooperação no âmbito do Conselho da Europa de parceiros sociais representados de um lado pela Confederação Européia de Sindicatos, e, de outro, pela União das Confederações da Indústria e dos Empregadores da Europa, que discutem, a cada ano, seus problemas comuns e fixam um programa de atividades e de cooperação com os Comitês de direção concernentes. No nível da Comunidade Européia, existe uma cooperação institucionalizada com os parceiros sociais no seio do Comitê Econômico e Social, da Fundação Européia para a melhoria das condições de vida e de trabalho, e do Comitê permanente de Emprego. O fato de não existirem regulamentações paritculares sobre as relações com as ONG, não implica que os parceiros sociais e os diversos grupos de interesse sejam mantidos à distância. Ao contrário,

No plano da governância global, pode-se encontrar os mesmos esquemas. Basta lembrarmos da ação daquela Comunidade de Santo Egídio, que tinha lançado o que se chamou de "Apelo de Assise", e em seguida de Roma<sup>328</sup>. Seus membros conseguiram a paz em Moçambique (Roma 1992) e tentaram uma plataforma assinada pela oposição argelina em janeiro de 1995. Eles estão presentes em Burundi, em Kosovo, na Guatemala. Estamos em presença, aqui, de um verdadeiro direito negociado<sup>329</sup>.

No plano global, emergem sistemas sobrepostos de tomadas de decisão, que dependem da consulta, do consenso, de "regras do jogo" flexíveis.<sup>330</sup> Em um prazo mais ou menos longo, isto implicará uma reforma e um reforço do sistema existente de instituições intergovernamentais, para torná-lo compatível com a intervenção de grupos privados e independentes. A questão que é aqui colocada diz respeito ao papel das Nações Unidas. Mas como se surpreender

num estágio preliminar, eles são com freqüência consultados pela Comissão. Quanto ao Parlamento europeu, ele se esforça por institucionalizar a participação dos grupos de interesse nas reuniões comumente chamadas de "reuniões intergrupos", realizadas entre os parlamentares e os representantes das ONGs, nas salas dos grupos políticos. Existe assim, um Intergupo para os problemas das pessoas da terceira idade que funciona com o *Eurothink-Age* (Reino Unido). Da mesma forma, a Confederação dos Organismos da Família, junto à Comunidade Européia se esforça no sentido de influenciar a legislação e os programas da Comunidade, notadamente em matéria de consumo, de assuntos sociais, de educação (Parlamento europeu, Documento n. A2-55/86, DE 16/8/1986, p.11 (citado no Conselho da Europa, RS-Inf. (89) 1).

<sup>328</sup> Respectivamente 27/10/86 e 10/10/96.

<sup>329</sup> Cf. ainda P. DURAN, *op. cit.*, p. 33 sq. Cf. também Jan KOOLMAN (ed.), *Modern Governance: New Government-Society Interactions*, Sage Publ., Londres/Newbury Park, Cal., 1993. (Política e Governo na Europa, Administração Pública); Robert D. PUTNAM, "Bowling Alone: America's Declining Social capital", in *Journal of Democracy*, 6/1, 1995, p. 65-78.

<sup>330</sup> *Our Global Neighborhood, op. cit.*, p. 146 sq.

disso quando é o próprio princípio de soberania do Estado-nação que está em jogo?

Dessa participação crescente, desta flexibilidade inevitável que é consequência de uma vontade de responder a novos problemas e de se esforçar para uma nova compreensão dos velhos problemas, bem como para implementação de uma ação complexa, é sem dúvida uma certa noção da democracia que sai vitoriosa. Mas basta que estes conceitos se imponham concretamente na elaboração da regulação jurídica contemporânea, e a questão fundamental passa a ser então, reconsiderar a função do direito na condução das sociedades contemporâneas.<sup>331</sup> Já há algum tempo estes problemas agitam o mundo anglo-saxão, apegado, por tradição, a tudo que diz respeito ao mercado e à livre circulação de bens e de serviços. Existe, por este fato, uma abundante literatura norte-americana... e uma prática levada a sério! Não é por acaso que os conselheiros do Presidente Clinton são tão experientes neste tipo de reflexão e ação pragmática.

Em suma...

Estamos em presença de duas problemáticas muito diferentes. Uma, tradicional e de origem "moderna", repousa sobre os pressupostos que a regulação social se faz primeiramente pelo direito e que o Estado é soberano e tem um poder exclusivo sobre o direito. Outra, contemporânea,

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

<sup>331</sup> Patrice DURAN, *op. cit.* Ver também James N. ROSENAU, "Governance in the Twenty-first Century", in *Global Governance*, 1, 1995, p. 13-43; Mihaly SIMAL, *The Future of Global Governance: Managing Risk and Change in the International System*, US Inst. of Peace Press, Washington, DC, 1994; Richard FALK, *On Human Governance: Toward a New Global Politics*, Pennsylvania State Univ., Press, University Park, Pa., 1995.

## Da globalização ao pós-modernismo em direito<sup>332</sup>

Se tentarmos prolongar a reflexão sobre a globalização em termos de pensamento jurídico, nos depararemos com a problemática do pós-modernismo,<sup>333</sup> em direito. O fato de que as duas problemáticas não sejam frequentemente associadas deve-se simplesmente ao fato de que elas parecem dizer respeito a comunidades científicas diferentes: a globalização seria preferivelmente assunto dos economistas e dos cientistas políticos, enquanto que o pós-modernismo diria respeito, ao contrário, aos filósofos, e até mesmo aos sociólogos. Eu estimo, no meu entender, como jurista, que

---

<sup>332</sup> Conferência pronunciada na Universidade de Toulouse em 19 de fevereiro de 1997, no âmbito dos cursos de formação oferecidos aos professores de filosofia da Academia. Ela constitui um desdobramento da conferência que eu tive a oportunidade de proferir no Congresso do IVR a Bolonha, em 19 de junho de 1995. A reflexão pôde ser aprofundada graças às observações dos colegas de diversas culturas presentes nas cinco oficinas organizadas sobre os pós-modernismos em direito pelo *Résseau Européen Droit et Société* no âmbito deste congresso.

<sup>333</sup> Cumprre lembrar as páginas onde Gianni VATTIMO mostra como, após as análises de Nietzsche e de Heidegger sobre a herança do pensamento europeu, nasceu um pensamento pós-moderno, segundo o qual a história cessou de incorporar a idéia de um progresso e passou a reconhecer como recurso apenas a mobilidade da interpretação (*La fine della modernità. Nihilismo ed ermeneutica nella cultura post-moderna*, Garanzzi ed., 1985).

os problemas suscitados por uma e por outra possuem aspectos que se relacionam intimamente.

Nós vimos, efetivamente, como a globalização interpela o historiador do pensamento jurídico ocidental. A pretensão universal, por exemplo, pilar da globalização, já foi — como se demonstrou — uma produção da filosofia “moderna” do Estado e do direito. Uma vez “passada de moda”, a filosofia “moderna”, falam-nos da chegada do “pós-modernismo”, e com ele<sup>334</sup>, de “destruição”<sup>335</sup>, de “morte do homem”. Que os pré-modernos tenham desconhecido o indivíduo enquanto sujeito investido pela natureza de todos os direitos, isto é da esfera do truísmo. No entanto, será necessário chegar a afirmar que eles preconizavam a ausência do homem — aquilo que nós reencontramos sob o título da “morte” do homem? É melhor dizermos que eles viviam um outro tipo de relação jurídica. Esta relação não era em si nem melhor, nem pior, que a nossa. Ela convinha a eles. Não que eles tenham conduzido, o que Michel Villey tinha o costume de chamar *a política de cachorro morto*, que deriva ao longo da do rio. Eles não se submetiam, segundo a fórmula dos civilistas do início do século, à invasão do direito pelos fatos. Eles tinham uma outra forma de regular suas relações e seus conflitos. Eles não se preocupavam em forjar um direito ligado ao indivíduo, ao sujeito, um direito exportável porque válido universalmente. A abordagem pós-moderna bem poderia aparecer como uma via susceptível de permitir reatar com essa atitude de humildade e de reserva.

<sup>334</sup> O que não significa que os termos não tivessem sido utilizados anteriormente por autores que não se poderia chamar propriamente de pós-modernos. Encontramos cada vez mais estes conceitos nos escritos de autores de estudos sócio-jurídicos.

<sup>335</sup> Cf. BALKIN, J.M., “Being Just Deconstruction”, In: *Social and Legal Studies*, 3/3, 1994, p. 393-404.

## Nos caminhos do pensamento pós-moderno

Foi Jean François Lyotard que mostrou como o saber mudava de status ao mesmo tempo que se transformavam as sociedades europeias; após a reconstrução no pós-guerra, estas últimas entraram, desde o final dos anos 50, na idade pós-industrial, ultrapassando as culturas, simultaneamente, o limiar da idade pós-moderna<sup>336</sup>. Desde então, um certo número de teóricos e sociólogos do direito tem trabalhado nessa direção, procurando definir critérios do pós-modernismo e das vias de acesso a um direito que responda às exigências do futuro. A tal ponto que o pós-modernismo se apresenta, hoje, como um paradigma. Os pesquisadores que se consagram ao estudo do campo sócio-jurídico o utilizam facilmente, sem que se possa falar, rigorosamente, de um pós-modernismo, mas sim de uma real convergência de pontos de vista sobre a problemática do global e do local.

### *Da convergência das abordagens pós-modernas sobre a problemática do global e do local*

Tratando-se de abordagem pós-moderna em direito, convém expressarmos-nos no plural e distinguir hoje, pelo menos, três vias de acesso a um pensamento jurídico pós-moderno. A primeira é puramente filosófica. Na esteira de filósofos franceses como Michel Foucault<sup>337</sup>, Jean François

<sup>336</sup> Jean François LYOTARD, *La Condition postmoderne*, Paris, Ed. de Minuit, 1979; cf. também *Direito e Neoliberalismo. Elementos para uma leitura interdisciplinar*, Curitiba, EDIBEL, 1996, com o artigo de Wilson Ramos FILHO, sobre “Direito pós-moderno, caos criativo e neoliberalismo” (p. 79-113).

<sup>337</sup> A origem de muitos dos conceitos pós-modernos pode ser encontrada na obra de um Foucault que se situa além do estruturalismo”. Para um maior aprofundamento, ler por ex. Alan HUNTT, “Foucault’s Expulsion of Law: Towards a Retrieval”, in *Law and Social Enquiry*, 17/1, 1992, p.1-38, e os comentários de Susan SILBEEY, Jonathan S. E SIMON, e a resposta de

Lyotard, Jean Baudrillard e Jacques Derrida, colegas juristas forneceram elementos para uma compreensão pós-moderna do direito. Sua perspectiva é fundamentada essencialmente sobre as idéias de “desconstrução”, de “vertigem”, de “morte do homem”, de “fragmentação”<sup>338</sup>. Alguns teóricos do direito se esforçaram em tratar estes temas. Eles demonstram que o ataque dirigido contra os direitos do homem corresponde, na realidade, a uma desconstrução do infinito e do universal, com o que o pensamento moderno havia caricaturado o homem: “a Lei, com L maiúsculo, a Razão, com R maiúsculo, o Homem com H maiúsculo, formam uma Trindade defunta”<sup>339</sup>. Em consequência, a apropriação de temas tais como a memória fantasma ou a repetição obsessiva, tão caros a Derrida, enriquece a análise da pretensa autonomia do direito<sup>340</sup>. Este último aparece então como uma força dispersa, exterior às relações sociais, e que as domina, uma força exclusiva e repressiva de tudo que contradiz a razão universal — o universo sendo definido à base do modelo do pensamento ocidental<sup>341</sup>.

Alan HUNT, nas páginas que se seguem; Joseph McCAHERY, “Modernist and Postmodernist Perspectives on Public Law in British Critical Legal Studies”, In: *Social and Legal Studies*, 2/4, 1993, p. 397-421; Brad SHERMAN, “Appropriating the Postmodern: Copyright and a Challenge of the New”, In: *Social and Legal Studies*, 4/1, 1995, p. 31-54.

<sup>338</sup> Cf. por exemplo, Peter GOODRICH, Peter FITZPATRICK, Anne BARON, Anthony CARTY, In: *Lumières, Révolution, Post-Modernisme*, número especial de *Droit et Société*, 13/1989. Ver igualmente Bjane MELKEVIK, “La nouvelle querelle des postmodernes et des modernes dans le domaine juridique”; Michel COUTU, “Modernité et légitimité du droit dans la perspective de Max Weber”; Bjane MELKEVIK, “Postmodernisme, droit et ‘adieu à la raison’: Critique de la conception postmoderne du droit”; Lukas K. SOSSE, “Le déconstructivisme et les avatars du droit et de l'éthique: Dialoguer avec Derrida et Drucilla Cornell”, In: *Carrefour: Philosophie et Droit. Actes du Colloque Dikè*, op. cit.

<sup>339</sup> Anthony CARTY, op. cit.

<sup>340</sup> Peter GOODRICH, op. cit.

<sup>341</sup> Peter FITZPATRICK, op. cit.

De seu lado, os cientistas políticos analisaram a crise contemporânea do Estado-do-bem-estar — que se seguiu ao processo de globalização das trocas — como um teste-munho do fato da “reorganização econômica na fase atual do capitalismo, ajudada pelas transformações técnicas e tecnológicas, ser concomitante com as mudanças da função dos Estados”<sup>342</sup>. As consequências são importantes em todos os setores da vida jurídica: assim, as transformações sofridas pelo Estado trazem consequências até mesmo sobre os movimentos de política criminal nos países desenvolvidos. Fala-se facilmente, hoje, apesar da inflexibilidade do direito penal, considerado como o núcleo duro do corpo jurídico, de uma abertura desse campo fechado e de uma fragmentação da legalidade nestes países<sup>343</sup>.

Alguns sociólogos e antropólogos juristas optaram por um outro caminho. Os postulados dessa teoria, em vias de constituição, foram colocados a partir de pesquisas de campo que impuseram uma renovação dos conceitos. Ao proporem conceitos como os de “interlegalidade”, de “metodologia transgressora”, de “novo sentido comum jurídico”, de “conversão regulatória”, de “identidade fragmentada”, de “condição translocal”, os defensores desta corrente, tencionam orientar os pesquisadores para uma perspectiva de ruptura com a tradição da sociologia jurídica clássica. Ao advogarem por um paradigma da pós-modernidade, eles enfatizam o enfraquecimento do Estado, o retorno da sociedade civil, a atenção dada aos movimentos sociais, a necessidade de pensar o direito para além da dicotomia Estado / Sociedade civil — todos traços específicos do pro-

<sup>342</sup> Pierre ROSANVALLON, *La crise de l'État-providence*, Paris, Le Seuil, 1981, p. 30.

<sup>343</sup> Cf. p. ex. Wanda CAPELLER, “Globalisation de la démocratie...”, In: Ead., *L'engrenage de la répression*, Paris, LGDJ, 1995, principalmente p. 201 sq.; Ead., “La transnationalisation du champ pénal: réflexions sur les mutations du crime et du contrôle”, In: *Droit et Société*, 35/1997.

cesso de globalização. Eles insistem sobre a relação dialética necessária entre o pensamento e a prática. Eles rejeitam as categorias disciplinares tradicionais<sup>344</sup>.

Um certo número de sociólogos e antropólogos, que trabalham a partir de formas alternativas e informais de direito e de solução dos conflitos, contribuíram, dessa forma — mais ou menos conscientemente — ao desenvolvimento do conceito de pós-modernidade. O qualificativo “pós-moderno” permite insistir sobre a importância atribuída ao espaço e a particularização dos espaços, designar o que diz respeito à pluralidade jurídica, à fragmentação, à transgressão. Assim, um direito do futuro seria caracterizado pelo fim do monopólio da legalidade, pela marcha na direção de um novo minimalismo, traduzido por micro-revoluções e por um neoludismo<sup>345</sup>.

Uma terceira via consiste em tomar como ponto de partida a análise dos postulados fundadores da concepção ocidental do direito, do Estado e da justiça e de confrontá-los com as descobertas dos pesquisadores em ciências sociais, notadamente sociólogos, antropólogos e cientistas

344 Cf. notadamente os trabalhos de Boaventura DE SOUSA SANTOS, citados *infra* na bibliografia, no final do volume, e em última análise, “Three Metaphors for a New Conception of Law: The frontier, the Baroque, and the South”, In: *Law and Society Review*, 29/4, 1995, p. 569-584; ID., *Towards a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, New York, London, 1995.

345 Boaventura de Sousa SANTOS, “Droit: une carte de lecture déformée. Pour une conception postmoderne du droit”, In: *Droit et Société*, 10/1988, p. 363-390. Cf. também Maria Eduarda GONÇALVES, “Ciência e Direito: de um Paradigma a outro”, In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 31/1991, p. 89-113; Otávio IANNI, “A crise de Paradigmas na Sociologia”, *ead. loc.*, 32/1991, p. 195; Carlos FORTUNA, “Nem Cila, nem Caribdis: somos todos translocais”, In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 32/1991, p. 267-279. Comparar com Franz VON BENDA-BECKMANN, “Unterwerfung oder Distanz: Rechtssoziologie, Rechtsanthropologie und Rechtspluralismus aus rechtsanthropologischer Sicht”, In: *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1/1991, p. 96-119.

políticos. Os estudos históricos contribuem para aprofundar esta corrente de pesquisa. O pós-modernismo, de fato, aparece, sob este ponto de vista, como o que vem “depois” do modernismo — esta fase do pensamento jurídico ocidental que se especifica nos séculos XVI-XVIII, e sobre a qual já se falou anteriormente, tendo em vista as suas relações com a filosofia neoliberal subjacente à globalização.<sup>346</sup>

#### *De alguns critérios comuns*

Diz-se com frequência do pós-modernismo, como que para ridicularizá-lo, que o critério que permite defini-lo é precisamente o fato dele não admitir nenhum critério. Ora, se é verdade que o pensamento “moderno” pode ser definido recorrendo-se a um certo número de critérios, não é imprudente colocar como hipótese que uma abordagem pós-moderna bem poderia ser constituída pela superação destes últimos, e que bem poderia haver coincidência entre estes critérios e os da globalização. Em outras palavras, se for preciso encontrar critérios de um pós-modernismo em direito, eu começaria por me referir aos do “modernismo”.

Por consequência, minhas teses são as que se seguem: 1<sup>o</sup>) que a pós-modernidade em direito se caracteriza por uma preocupação de superação dialética do paradigma “moderno” fundado sobre um feixe de conceitos englobando *abstração* e *axiomatização* do direito, *subjetivismo*, *simplicidade* e *segurança* das relações jurídicas, *separação* da sociedade civil e do Estado, *universalismo* e *unidade* da razão jurídica<sup>347</sup>;

346 Cf. principalmente a Lição n.º 2, acima.

347 Cf. p. ex. André-JEAN ARNAUD, “Repenser un droit pour l'époque postmoderne”, In: *Courrier du C.N.R.S.*, n.º 75, abril, 1990, p. 81-82; “Legal

2º) que a crise contemporânea do Estado, do direito e da justiça — denunciada de forma permanente e em vão desde quase meio século — bem poderia ter como causa um esgotamento das raízes de nossas instituições, insuficientemente alimentadas pelo solo enfraquecido no qual elas procuram, no entanto, ainda se expandirem, isto é, o do pensamento jurídico ocidental “moderno”;

3º) que a globalização bem poderia, pelo menos em parte, coincidir intelectualmente com um pensamento jurídico pós-moderno.

Conforme esta maneira de ver, um direito pós-moderno apresentaria assim, a priori, uma imagem inversa do produto dos oito signos ou sinais distintivos da modernidade jurídica, tais como mencionados acima<sup>348</sup>. Em outros termos, um direito pós-moderno poderia ser, de uma certa maneira, o inverso do produto da *abstração* e da *axiomatização* do direito, do *subjetivismo*, da *simplicidade* e da *segregação* das relações jurídicas, da *separação da sociedade civil e do Estado*, do *universalismo* e da *unidade da razão jurídica*. Ele se caracterizaria por uma vontade de *pragmatismo* e de *relativismo*, pela aceitação do *descentramento do sujeito*, por uma *pluralidade das racionalidades*, pelo *risco* que lhe é inerente, pelo *retorno da sociedade civil* e pela apreensão das relações jurídicas na *complexidade das lógicas bruscamente estilhaçadas*.

Interpretation and Sociology of Law at the beginning of the Postmodern Era”, In: *Sociology of Law. Splashes and Sparks...*, Vitória, 1990 (Oñati Proceedings, vol.2), p. 173-192. “Du jeu fini au jeu ouvert. Réflexions additionnelles sur le droit postmoderne”, In: *Droit et Société*, 17-18, 1991, p. 38-55.

348 Algumas vezes, me ocorre a idéia de apresentar a pós-modernidade sob a forma de uma equação, por brincadeira e num esforço puramente visual e mnemotécnico. Retendo a inicial de cada um dos conceitos-chave anu-

$$= \frac{1}{\sqrt{A^2S^4U^2}}$$

Modernidade	Pós-modernidade
Abstração	Pragmatismo
Subjetivismo	Descentramento do sujeito
Universalismo	Relativismo
Unidade da razão	Pluralidade de racionalidades
Axiomatização	Lógicas estilhaçadas
Simplicidade	Complexidade
Sociedade civil/ Estado	Retorno da Sociedade civil
Segurança	Risco

Convém não tomar estes elementos constitutivos individualmente, mas sim, insistir no fato de se tratar de um “produto”, os frutos do produto “moderno” tendo sido, por sua vez, e no essencial, a elaboração dos conceitos de democracia e de direitos humanos, com o seu séquito de salvaguardas simbólicas, processuais e materiais que são as constituições, os códigos, os princípios e regras que regem as relações jurídicas nacionais e internacionais.

O paradigma “moderno” é hoje questionado. Não os seus frutos. E é isto que torna as coisas mais sutis e complexas. Não cabe, de fato, se ater a uma inversão dos conceitos fundamentais do “modernismo” para definir uma abordagem pós-moderna. Caberia, antes, concretizar a superação do paradigma da modernidade, a fim de evitar “jogar fora o neném juntamente com a água do banho”.

Entretanto seria necessário ainda começar a pensar de forma diferente cada um dos elementos do paradigma moderno. Ora, sobre este aspecto, uma observação minuciosa do mundo contemporâneo, tal como nos fornecem, por exemplo, os estudos dos cientistas sociais, traz inúmeros ensinamentos. O próprio filósofo do direito contemporâneo, se não ficar com o olhar perdido no céu, não pode ignorar um certo número de fatos que vêm perturbar a ordem jurídica ao qual os juristas foram preparados durante a sua formação. Algumas das consequências derivadas do

paradigma moderno — e que tomamos freqüentemente como postulados — se vêem atacadas por todos os lados. É o caso principalmente da pretensão do direito de origem ocidental ao *universalismo*, e sua reivindicação de *monocentricidade* e de sua aspiração à *simplicidade* absoluta. É sobre estas bases que foram forjados não somente os nossos direitos ocidentais, mas ainda todos aqueles que — por bem ou por mal — neles se inspiraram ou aos quais foram confrontados. Conseqüentemente, é a partir desta tradição que foram formadas as mentalidades de todos os atores presentes neste debate, juristas e cidadãos. Se termos como relativismo, pluralismo, alternativa, flexibilidade, complexidade, regulação encontram-se ainda praticamente banidos do vocabulário contemporâneo dos juristas, isto se deve à existência de vestígios tenazes da impregnação dos espíritos pela filosofia “moderna” do Estado e do direito. Ora, vários estudos interdisciplinares recentes mostram tratar-se aí de uma perspectiva tipicamente ocidental e atualmente anacrônica<sup>349</sup>.

#### *Do universalismo ao pragmatismo e ao relativismo*

O *universalismo* é a idéia etnocentrista de que os produtos da filosofia ocidental são válidos *urbis et orbi*. Esta idéia de universalismo é, sabe-se, um vestígio deste antigo direito natural que, inventado na Grécia, chegou até os cientistas políticos das Luzes através das interpretações desviantes efetuadas na Idade Média e na época do Renascimento na Europa ocidental. Ela está fundada notadamente sobre o *subjetivismo*, que permitiu, entre outros desenvolvimentos, a emergência das Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão. O desenvolvimento do universalismo está in-

timamente ligado tanto ao da noção de sujeito quanto àquele da abstração e da axiomatização em direito.

O *subjetivismo* é a transformação em teoria da idéia de que o sujeito está no centro do mundo — logo, no centro do direito. A noção de sujeito se torna o conceito central da compreensão e da constituição de todo o sistema político e jurídico. Nós tivemos a ocasião de ver como este se desenvolveu, graças à elaboração da máxima “*jus est factitas...*”<sup>350</sup>. Os juristas extrairão do subjetivismo o caráter imutável e inerente ao ser humano dos princípios da vida em sociedade, e das regras elementares que presidem as relações jurídicas. Essas regras, por conseqüência, serão aplicadas universalmente, já que, em qualquer lugar do mundo, um sujeito é um sujeito, e mantêm, gravado no seu coração os princípios fundamentais do direito.

O universalismo pôde também se desenvolver, graças a uma transformação radical do direito que se operou por volta do final do primeiro milênio da nossa era. Até então, o direito era algo de muito concreto. O direito antigo era antes de mais nada um negócio de magistrados, que resolviam as causas uma a uma de maneira muito pragmática. Ele só se tornou abstrato devido aos desenvolvimentos de uma doutrina universitária<sup>351</sup>. A *abstração*, cultivada na Alta Idade Média nos meios universitários em plena renovação, levou ao desenvolvimento de conceitos-chave, permitiu atingir um nível de generalização raramente alcançado até então, e facilitou as classificações, tornando possível uma ciência racional sistemática<sup>352</sup> do direito baseada em uma construção axiomática de um corpo de preceitos do direito.

<sup>350</sup> Cf. *supra*, Lição n.º 2.

<sup>351</sup> Nós abordamos este aspecto de forma detalhada na Lição n.º 2, *supra*.

<sup>352</sup> Na obra de Grocius, por exemplo. Uma outra concepção, derivada, será aquela de um Austin estabelecendo a ciência do direito como sendo aquela dos conceitos jurídicos não estranhos à realidade histórica.

<sup>349</sup> Poder-se-á encontrar algumas referências básicas no meu estudo “*Droit et Société: du constat à la construction d'un champ commun*”, In: *Droit et Société*, 20/21, 1992, p. 17-38.

A *axiomatização* permite articular todas as regras a postulados fundadores, dos quais eles não são senão as conseqüências levadas ao extremo. A ordem jurídica é, nesta concepção, uma ordem piramidal. No topo, figura o princípio inicial (do qual um acabamento refinado viria a ser, na teoria normativista, a "norma fundamental" — a *Grand-norm* de Hans Kelsen.). Na base, se encontra o conjunto de regras que dele decorrem e que se aplicam quotidianamente às relações internas à ordem jurídica considerada.

É portanto, a junção entre *abstração*, *axiomatização* e *subjetivismo* que permitiu aos autores da época moderna — notadamente os da corrente jusnaturalista racionalista — construir axiomáticamente uma ciência de direito fundada sobre a primazia do sujeito. Subentende-se que este último é "sujeito de direitos"; isto é, titular de direitos "subjetivos", detentor de todos os direitos que são inerentes, por natureza, a sua pessoa. Os direitos do indivíduo preexistem à constituição do Estado. Os princípios do direito se encontram gravados no coração e na razão de todo o indivíduo: origem do adágio: "*Nemo censetur ignorare legem*" segundo o qual cada pessoa é suposta conhecer a lei, origem igualmente da pretensão universalista do direito.

A idéia de que os valores estabelecidos na base dos fundamentos de nossos direitos, pelos filósofos europeus da época "moderna", seriam universais, penetrou tão profundamente nas mentalidades que a encontramos nos mínimos recantos da cultura ocidental. Ora, o universalismo, enquanto conceito-chave da filosofia jurídica e política está morrendo. De fato, o que juristas, sociólogos, cientistas políticos têm observado hoje em dia? Que os direitos do homem se diversificaram tanto que é difícil identificar todos como produtos da natureza do indivíduo considerado como sujeito central da regulação social e jurídica<sup>353</sup>. Além

<sup>353</sup> Cf. meu estudo sobre "Le concept de droits de l'homme. Jalons pour la compréhension d'un glissement progressif", In: *Praxis pénale et droits de*

disso, falase cada vez mais, em nome dos direitos humanos, não tanto de direitos do indivíduo do que de direitos sociais, de direitos das minorias ou dos grupos específicos (direito das mulheres, direito dos prisioneiros, direito dos soldados, direitos dos menores, direito das minorias étnicas, etc.)<sup>354</sup>.

Existe, além disso, um movimento bastante nítido de reabilitação e reapropriação cultural, por parte de juristas, sociólogos juristas, antropólogos juristas, pertencentes ao mundo não-ocidental<sup>355</sup>. Estes últimos reivindicam sua identidade. Eles exigem que os sistemas jurídicos sejam repensados fora das categorias e do vocabulário da filosofia jurídica e política ocidental — isto é fora do vocabulário e das categorias "modernas".

Para nós, juristas, se quisermos contribuir para a confecção de uma nova concepção da regulação social, deve-

*l'honnête*, DELMAS-MARTY, (ed.), PUF, Paris, 1992, p. 169-174; cf igualmente *supra*, Lição n.º 3; bem como Boaventura DE SOUSA SANTOS, "Vers une conception multiculturelle des droits de l'homme", *op. cit.*

<sup>354</sup> Por exemplo V. FERRARI, *Laws and Rights*, Milão, Giuffrè, 1992; A.J. ARNAUD, E. KINGDOM, *Women's rights and the rights of man*, Aberdeen U.P., 1990; F. TABAK, *The Implementation of Equal Rights for Men and Women*, Oñati, 1991 (Oñati Proceedings, vol. 7); E. VIANO, *Victim's Rights and Legal Reforms: International Perspectives*, Oñati, 1991 (Oñati Proceedings vol. 9). A *Law and Society Review* é uma fonte preciosa de estudos sobre estes temas. Sobre as várias gerações de direitos humanos, ver Gregório PECES BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría Geral*, EUDEMA, Madrid, 1991.

<sup>355</sup> Masaji CHIBA, *Legal Pluralism. Toward a General Theory through Japanese Culture*, Tokyo, Tokai Univ. Press, 1989; é preciso mencionar igualmente as inúmeras contribuições reunidas pelo mesmo autor como contribuição não-ocidental ao *Dictionnaire Encyclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*, *op. cit.*, com a participação de G.C. J.J. van den Harold J. BERGH, Yoneo Ishi BERMAN, Simom A.K.P. KIUDZE, Peter ROBERTS, Alice SACK, ERSSON TAY, G.R. WOODMAN, Majid KHADDURI, James C.N. PAUL. Os trabalhos do antropólogo jurista Louis ASSIER-ANDRIEU seguem claramente na mesma direção é a linha da famosa *Comission on Folk Law and Pluralism*. Ver, em última análise, Wanda CAPELLER e T. KITAMURA, *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales*, Bruylant, Bruxelles, 1998.

remos, pois, antes de mais nada romper com a idéia de universalismo. Isto não ocorre sem problemas. Graças aos desenvolvimentos da teoria “moderna” do Estado e do direito, nossos pais tinham elaborado pacientemente os elementos de uma sólida proteção planetária das sociedades e do indivíduo, fundada na existência de direitos fundamentais inerentes ao sujeito, e no princípio de delegação, pelo conjunto dos cidadãos, ao Estado, da condução dos assuntos públicos. A garantia se baseava precisamente no reconhecimento geral do caráter universal e absoluto dos direitos que se impunha aos Estados.

O questionamento, em nome da relatividade das culturas jurídicas, da validade desta descoberta não corre o risco de prejudicar a segurança das pessoas, segurança essa que a imprensa nos faz lembrar quotidianamente que ela já está infelizmente longe de ser garantida e respeitada em todos os tempos e lugares? Aliás, um certo número de juristas advogam, inequivocamente, o estabelecimento dos direitos humanos e do conceito de democracia como cri-térios do Estado *justo*. Será que pelo fato de a democracia e os direitos do homem terem sido sequestrados pelos pensadores neoliberais, deveremos jogá-los fora? E se nós devemos imperiosamente sair da modernidade, será que isto deve ocorrer à custa das conquistas mais benéficas da filosofia moderna?

Desde a descoberta do conceito de direito subjetivo, o conceito de “direitos do homem” desempenhou um papel primordial, surgindo, repetindo uma categoria de Pierre Bourdieu, como um verdadeiro “capital simbólico” à disposição dos juristas ocidentais. Pode-se, certamente, se interrogar sobre a questão de saber em que medida este “capital simbólico”, que ainda diz respeito à ideologia da certeza, da simplicidade, da clareza, do universalismo, enfim, não constitui, na realidade, um instrumento de ilusio-nismo social. Mas não se deve também ficar obcecado, ao ponto de permanecer na incapacidade de ação. Digamos,

de preferência, sem veemência, que ao universalismo fundado em uma perspectiva de “modernidade”, e hoje preconizado pelos responsáveis de uma governança global,<sup>356</sup> vêm se sobrepor, ao mesmo tempo, na época contemporânea, um pragmatismo e um relativismo que complicam singularmente as coisas.

*Pragmatismo.* Isto significa que hoje, entende-se alicerçar uma regulação social menos sobre conceitos que sobre práticas sociais e com auxílio de políticas conjunturais. Eis que aparece a idéia de “descentramento do sujeito”, que não significa o desaparecimento do ser humano como preocupação do direito, mas sim reabilita a noção do direito como “relação justa entre as coisas” — o que era o *jus* antigo, como se disse acima. Esta distinção permite compreender o que se chama de desvio dos direitos do homem em direção aos direitos sociais. Trata-se menos de um “desvio”, no sentido próprio do termo, que do desenvolvimento de duas categorias de direitos muito diferentes, uma na linha direta dos direitos subjetivos, a outra na da concepção objetiva (esta última tomada em consideração às relações sociais). Encontramos, assim, a famosa crítica de Bentham em relação às declarações dos direitos humanos, que ele julgava muito metafísicos. A declaração dos direitos sociais pareceria assim, como o meio de assegurar a maior felicidade ao maior número, e não como a garantia de direitos inerentes ao sujeito e ligadas ao indivíduo.

Com o pragmatismo, se desenvolve o que se denomina hoje um “direito negociado”, isto é, um direito que, apesar de ter sido editado pela autoridade legítima, foi concebido no estágio do “antes-do-dizer-o-direito”, não como o produto de um sábio ou de uma elite ou de um grupo de pessoas esclarecidas ou ainda dos interesses de uma classe social, mas como o resultado de uma negociação entre, de um lado, os que, por ofício, sabem melhor do que os outros

<sup>356</sup> Cf. *Our Global Neighborhood*, *op. cit.*

quais são as dificuldades conjunturais, e, de outro lado, os que, devido a sua vivência no terreno, conhecem as aspirações dos destinatários deste direito. O direito é assim, na etapa da sua produção, cada vez mais negociado entre os técnicos (tende-se a dizer freqüentemente com uma ponta de desprezo, os “tecnocratas”) e os grupos representativos cada vez mais numerosos a serem ouvidos, sollicitados, e mesmo reconhecidos — até mesmo na qualidade de ONGs. Isto está patente, por exemplo, ao nível da produção da norma jurídica européia<sup>357</sup>, ou ainda nos corredores e antecâmaras das organizações internacionais. O mesmo se pratica de forma cada vez mais comum no interior dos Estados-Nações, até mesmo no nível das tomadas de decisões infra-estatais.

O pragmatismo leva ao reconhecimento de um certo *relativismo*, em oposição a toda pretensão universal do direito. É antes de tudo um relativismo cultural. As grandes conferências internacionais sobre a proteção das minorias, sobre a igualdade das mulheres, sobre o meio ambiente, etc., mostram que, no final das contas, somente ocorre unanimidade em torno de declarações mínimas, freqüentemente vagas e onde as diversas culturas (éticas, religiosas...) se reservam sempre um direito de exceção. Legislar para o globo tornou-se uma aposta, mesmo em termos de democracia e de direitos humanos cuja história está bastante ligada a uma cultura — que foi, além do mais, a de colonizadores inveterados.

O relativismo é também um relativismo do tempo. A filosofia moderna ocidental dissolvia o tempo num perpétuo presente, sem passado nem futuro, visto que os princípios inscritos no coração do indivíduo são eternos. A superação desta perspectiva reinscreve os indivíduos e as sociedades na história. As leis não possuem mais, contra-

riamente ao que pensavam os redatores do Código Napoleão, vocação para a perpetuidade. Sabemos que, a partir de agora, como dizia Paul Valéry sobre as civilizações, elas também são mortais. Isto, porém, pode ser interpretado no sentido de uma aceitação de variações do direito em função dos imperativos conjunturais. É assim que o neoliberalismo apresenta como eterna a lei do mercado, ao mesmo tempo que convida os indivíduos a estarem permanentemente atentos aos sinais emitidos pelas condições do mercado que devem lhes permitir se orientarem conforme as condições sociais e econômicas em constante movimento.

O pragmatismo conduz igualmente a uma outra consequência, desta vez, formal. A axiomatização não sendo mais possível faz-se necessário abandonar a idéia de “códigos”, no sentido “moderno”. Se existem códigos de direito, estes serão, num sentido amplo, corpus reunindo o conjunto das disposições em vigor. Além disso, não se pode esquecer que na perspectiva neoliberal, a produção autoritária de direito não deveria parar de decrescer. Nesse ínterim, o instrumento informático pode permitir que os profissionais do direito consigam atuar em um contexto de inflação dos textos. Mas, a verdade é que não há mais lugar para organizar o direito segundo uma racionalidade que não é mais aquela da época na qual foram concebidos os códigos fundamentados sobre a axiomática “moderna”. De repente, a ciência do direito desaparece como tal. Ela pertence a um tempo que findou. O jurista volta a ser um prático de campo. O juiz recupera um lugar preeminente; todos os conflitos se resolvem de forma pragmática em função da aplicabilidade do grande princípio da equidade a situações precisas: as causas que lhe são apresentadas. O pluralismo jurídico não está longe.

#### *Da monocentricidade ao pluralismo*

Se de fato existe uma premissa da filosofia política e jurídica moderna que tenha sido atacada é a da monocen-

<sup>357</sup> Exemplos na segunda parte de *O Pensamento Jurídico Europeu*, *op. cit.*

tricidade. A *monocentricidade*, admitida como postulado da teoria positivista legalista, é a crença transformada em certeza de que tudo que diz respeito à soberania estatal — a começar pelo direito — emana de uma fonte legítima e apenas de uma. Ora, nós devemos admitir, nem que seja apenas pelo que já foi dito, que é o pluralismo que dá conta hoje da realidade cotidiana lá onde o monocentrismo muito oficial, não é mais capaz de fazê-lo.

Chamasse a isto de *poliцентриidade*, quando se trata de um desafio à ordem jurídica piramidal que nos legou o positivismo estatal e jurídico oriundo da filosofia “moderna”. A sociedade civil contesta ao Estado a sua capacidade de todo poder dirigir e tudo controlar, volta-se cada vez mais em direção às instâncias locais, invoca o respeito às identidades inclusive na aplicação dos princípios reconhecidos como os mais universais.

Dessa forma, o direito oficial reconhece vias alternativas de regulação jurídica. Estudos revelaram uma enorme quantidade de hipóteses onde existe uma pluralidade de fontes jurídicas no seio de uma mesma sociedade<sup>358</sup>. Trata-se em geral de soluções alternativas ou informais para os conflitos, que revelam o aparecimento e o desenvolvimento de uma regulação jurídica à margem e por vezes contrária ao direito oficial do Estado. O decano Jean Carbonnier já o tinha mostrado outrora, tratando-se de fenômenos de *internormatividade*, isto é, de casos onde sistemas normativos não jurídicos entravam em conflito com o direito. Aqui se trata de fenômenos de internormatividade entre sistemas normativos jurídicos, mas cuja juridicidade não é oficialmente reconhecida pelo direito estatal.

Contrariamente ao que ocorreria até então na tomada de decisão no tocante à solução de litígios, por exemplo,

<sup>358</sup> Cf. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*, *op. cit.*, v<sup>o</sup> “Alternativo”, “Pluralismo jurídico” (em sociologia; em antropologia) e seus correlatos.

observou-se o aparecimento e a generalização das “iniciais sociais”, experiências espontâneas provenientes de atores sociais interessados, geralmente reunidos em organizações (consumidores, locatários, famílias)<sup>359</sup>. Em alguns casos, ocorre que o reconhecimento oficial de vias de regulação não jurídicas produz resultados mais eficazes do que uma regulação pelo direito: é o que alguns expressam comumente dizendo que áreas inteiras do direito se “socializam”. Esta maneira de se expressar teria chocado os nossos mestres. Este movimento está intimamente ligado à manutenção de uma sociedade industrializada complexa que não deposita uma grande confiança no direito<sup>360</sup>, a uma vontade de levar em consideração a dimensão social do direito<sup>361</sup>.

O filósofo se interessará pelo fato de que o desenvolvimento de tais “alternativas” está assegurado pela continuidade da ideologia jurídica tradicional, ao ponto de que a própria denominação do processo de *delegalization* (que se traduz do inglês americano pelo neologismo “desjurisdicção”) foi forjada a partir do radical legal<sup>362</sup>. Em outros termos, a desregulação, no sentido lato, não é senão um rearranjo do sistema preexistente pela modificação momentânea do contorno de suas fronteiras. Isto não toca em nada na sua natureza.

<sup>359</sup> Jean-Pierre BONAFÉ-SCHMITT, *Les justices du quotidien: les modes formels et informels de règlement des petits litiges*, Lyon, GLYSI-Université de Lyon II, 1986, p.30. ID., “La part et le rôle joués par les modes informels de règlement des litiges dans le développement d'un pluralisme judiciaire. Étude comparative France — U.S.A.”, In: *Droit et Sociétés*, n. 6, 1987 (Normes, déréglementation, économie), p. 271.

<sup>360</sup> Takao TANASE, “The management of disputes: automobile accident compensation in Japan”, In: *Law and Society Review*, 24/1990/3, p. 685-687. <sup>361</sup> BONAFÉ-SCHMITT, *op. cit.*, 1986, p.253.

<sup>362</sup> Christine B. HARRINGTON, *Shadow Justice. The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court*, Westport/Connect, Greenwood Press, 1985, p.171.

Observa-se, aliás, um movimento de deslocalização da produção da norma jurídica. A segmentação das soberanias em setores especializados (cultura, economia, política, etc.) é um fenômeno que vem se amplificando. Algumas vezes, isto assume a forma de reivindicações nacionais de independência ou de autonomia.<sup>363</sup>

Concomitantemente, os poderes reclamados pelas comunidades locais são cada vez mais numerosos, de tal forma que a regulação poderia ser, no futuro, efetivada, progressivamente pelas autoridades regionais.

Essa descrição sucinta do *pluralismo* a partir do questionamento da monocentricidade nos remete a tudo o que já foi dito acerca dos efeitos da globalização sobre a produção do direito: diminuição do papel do Estado, dialética permanente entre o global e o local, repartição deste "local" entre as instâncias estatais, supra-estatais (regiões do globo) e infra-estatais. Pode-se ainda fazer referência à globalização no que diz respeito ao desenvolvimento dos modos de regulação social que tendem a passar cada vez menos pelo direito do Estado. Neste sentido, existe aí uma comparação a ser feita com a atitude pós-moderna, relativa, primeiramente ao *juridismo*, mania oriunda diretamente do pensamento jurídico moderno ocidental de ver o direito em todos os lugares — uma *mania* para nós, entendam-nos bem, observadores e críticos — e que tenderia a atribuir à jurisdição fronteiras abrangendo o conjunto das relações sociais em um sentido amplo. Durante séculos, no Ocidente, existiu uma convicção, assumida com toda a honestidade, de que não podia haver regulação social senão pelo direito do Estado.

O pluralismo contemporâneo é, pois, um pluralismo oriundo da fragmentação das soberanias; ele é um pluralismo tanto dos modos de regulação como das fontes desta

363 Seria necessário abordar também, aqui, o que o Tratado de Maastrich reconhece com o nome de "princípio de subsidiariedade".

regulação. Ele dá espaço às regulações alternativas não estatais; ele reconhece o informal ao lado do formal. De tudo isso, resulta que a racionalidade do direito moderno cede a vez a um *pluralismo das racionalidades*. Seria preciso falar, hoje, de *lógicas estilhaçadas* a propósito do direito, lógicas essas que quando identificadas pelos autores recebem diversas denominações: lógica da flexibilidade, lógica do impreciso — os anglo-saxões falam até de *soft law*... uma expressão intraduzível nos sistemas de tradição romano-canônica, já que isso representaria uma coisa absurda. Tocamos aí, em todo caso, na fragilidade da representação do direito como uma figura piramidal. Somente lançando mão das circularidades e da estrutura em redes é que se torna possível dar conta de um sistema jurídico que não se reduz ao direito do Estado: isso constitui nosso primeiro contato com o complexo.

#### *Da simplicidade à complexidade*

A *simplicidade*, a partir da qual estava fundamentado o direito de origem "moderna", é a crença na possibilidade de uma espécie de catecismo das regras do direito, que seriam assim fáceis de serem assimiladas por todos os indivíduos, de maneira universal, pelo mundo afora, visto que, sobre toda a superfície do planeta, um indivíduo iguala um outro indivíduo, e que as regras fundamentais da conduta social válidas para um parecem necessariamente válidas para o outro. Isto supõe o reconhecimento de certos valores universais, bem como a existência, em cada direito, de uma lei única para todos, acarretando uma aplicação uniforme da lei para todos. Além disso, os cidadãos tendo, neste mesmo tipo de sistema jurídico, delegado ao Estado a tarefa de dizer o direito, e o juiz, não sendo, a partir de então, nada mais do que a voz da lei, nenhuma participação na produção da decisão é admitida, e toda a complexidade é considerada como passível de ser reduzida.

A simplicidade se baseia na idéia de um plano mecanicista regendo o universo. Ela está também ligada à idéia de universalismo subjetivista. A crença no valor, em todos os tempos e em todos os lugares, de princípios morais e jurídicos simples presentes, gravados, como não se cessa de repetir, no coração do indivíduo, está ligada a um plano mecanicista segundo o qual o universo teria sido criado. Somente o criador conheceria o algoritmo desse plano. A limitação de nossas faculdades mentais só nos permitiria descobrir fragmentos desse plano, notadamente através da observação do universo, reflexo da concepção de que dele tinha, o grande engenheiro.

Importantes seqüências decorrem de uma tal tomada de posição. Como a simplicidade está inscrita no princípio das leis, torna-se possível um catecismo dos direitos — certos legisladores da Revolução Francesa acreditaram nisso. Igualmente, já que sabemos que a ordem está programada, o direito passa a ser atemporal. Passado e futuro se fundem num perpétuo presente. Com o desaparecimento do tempo, é também o risco que desaparece. E o direito é considerado como o sólido pilar no qual a sociedade pode se apoiar: é a *seguranga* jurídica, que cabe aos juristas concretizar nas regras vocacionadas para a perpetuidade<sup>364</sup> e em toda uma gama de regras de procedimento e de formalidades minuciosas. O formalista aparecerá, nesta perspectiva, como uma garantia<sup>365</sup> indissociável à ordem jurídica — que, dessa forma, só pode pertencer à esfera de um legalismo estatal.

A clareza e a simplicidade daqueles que nos legaram a concepção do direito dentro da qual fomos educados, correspondiam aos postulados da filosofia moderna, e mais

364 Cf. PORTALIS, em o *Discours préliminaire au projet de l'an IX*, *op. cit.*: "La perpétuité est dans le vœu des lois".

365 Cumpro lembrar a palavra de Jhering, que falava da forma como a irmã gêmea da liberdade.

precisamente a essa concepção de um universo simples, submetido ao determinismo, a uma ordem programada. No entanto, para que o conhecimento do real não escape — ou escape pouco — ao espírito, seria necessário poder acreditar na existência de um tal plano mecanicista. Assim, o recurso à lei governando essa disposição, com o algoritmo comandando as seqüências de acontecimentos suscetíveis de se produzirem, seria suficiente para garantir a boa ordem das coisas.

Na realidade, nada permite afirmar que o direito, frente às inelutáveis mudanças conjunturais e ambientais ao longo do tempo, possa evoluir segundo um processo previsto de antemão em um programa; nem que o processo de adaptação e de aperfeiçoamento do direito seja programado no próprio sistema no momento da sua elaboração. E mesmo supondo que seja possível responder a essas dúvidas pela afirmativa, nada permite afirmar que o programa seja irreversível e infalível. Essas observações não parecem absolutamente chocantes em si. E, contudo, é preciso admitir que tudo, em nossa educação de juristas, foi feito para nos acostumar a pensar que todo o direito repousava, à imagem do direito sob o qual vivíamos, na existência de um certo número de categorias de estatutos, que cada indivíduo sabia em cada ocasião, o papel que se esperava dele, o papel que ele tinha o direito de esperar do outro e que as coisas não podiam ser de outra maneira. Nós não ignorávamos, é bem verdade, que o conteúdo das regras podia sofrer alterações segundo as regiões e segundo os séculos. Mas imaginávamos que isto se fazia necessariamente em uma direção predeterminada, chamada *progresso*.

É óbvio que nossas sociedades estão se dando conta de que elas passaram de uma regulação simples à uma regulação complexa, e que todos os legisladores, magistrados, especialistas, grupos de pressão e movimentos sociais, estão conscientes da transformação que isto acarreta nas suas maneiras e nos seus hábitos. Estamos diante de uma espécie

de revolução, revolução essa comparável a que foi, em outros domínios, a revolução industrial ou mais recentemente, a revolução tecnológica. A *complexidade* não se limita à passagem para uma etapa suplementar na complicação; tampouco se trata de um emaranhado de complicações que poder-se-ia esperar levar novamente à simplicidade pela racionalização. Ela diz respeito à questão da dimensão universal do sistema. Ela remete à idéia de recursividades e de emaranhados de relações de um nível institucional para outro. Nesta perspectiva, a complexidade é inerente às relações sociais e econômicas. O mesmo pode ser dito das relações jurídicas, tão intimamente ligadas a todos os fatores que influenciam na vida social e econômica, e cuja regulação, presume-se, deva ser garantida, em boa parte, pelo direito. A complexidade aparece, na prática, quando o legislador não sabe mais exatamente — fazendo referência ao que se dizia mais acima — se convém desregular, nem porque, nem o que desregular, e nem que regulação deve substituir a anterior. Se o que era ontem regulado pelo direito, é hoje melhor regulado por um outro tipo de regulação, isto não significa que amanhã a mesma coisa ocorrerá. No final das contas, causas e conseqüências se encontram imbricadas de uma tal maneira que nos parece estar no limite da desordem, e são muito difícil de apreender face a um número colossal de dados contraditórios e de conexões emaranhadas.

Esta complexidade aparece bem na coexistência dos diversos sistemas “jurídicos” mencionados acima, quer se trate de sistemas oficiais de direitos decorrentes da fragmentação contemporânea das soberanias<sup>366</sup>, ou de sistemas

<sup>366</sup> Assim, as pessoas encarregadas de tomar as decisões em cada um dos níveis de regulação sócio-jurídica pluralista — regiões globais, Estados-nações, regiões ou províncias infra-estatais — são obrigadas a trabalhar na complexidade: cf. P. ex. André-Jean ARNAUD, “The process of complex

alternativos ou informais e não-oficiais de regulação jurídica. Cada um deles possui a sua própria racionalidade. As normas editadas em função de cada um correspondem a uma concepção particular da normalidade. Como fazer coabitar essas normalidades. Qual lógica complexa pode dar conta da existência simultânea destas diversas racionalidades?

E é preciso levar em conta igualmente as recursividades que se devem ao fato de que certas formas alternativas reconhecidas pelo direito podem se desviar, pouco a pouco, de seu objetivo inicial e dar lugar a resoluções de litígios que se situam, na realidade, à margem do direito do Estado, ou, ao contrário, a formas alternativas marginais que são recuperadas pelo direito oficial. Existe aí uma nova maneira de abordar um fenômeno que era o terror dos juristas: a suposta invasão do direito pelos fatos.

Por tudo que acabou de ser dito, fica claro que se está lidando com a questão do direito pós-moderno. Em suma, morto o “modernismo”, viva o “pós-modernismo”!<sup>1</sup> Criticou-se bastante o pós-modernismo — certamente, não sem razão — chegando até mesmo a descrevê-lo como “um sintoma de frustração política e de mobilidade social mais que um fenômeno intelectual ou cultural realmente significativo”<sup>367</sup>. Como foi dito, alguns chegam até a negar ao pós-modernismo qualquer outro critério além da ruptura, da fragmentação, da recusa de todo controle e de todo o rigor, o fim do humanismo — o que, por mais negativas que sejam estas qualificações, não deixam de constituir uma série de atributos específicos! Para nós, se falamos aqui de pós-modernismo, é em referência à quebra que este tipo de pensamento supõe em relação à filosofia sub-

decision in the production of European legal norms” In: *On Complexity and Social-Legal Studies: Some European Examples*, op. cit.

<sup>367</sup> Alex CALLINICOS, *Against Post-Modernism*, Cambridge, Polity Press, 1990.

jacente aos sistemas jurídicos contemporâneos dos países do velho continente, de suas antigas colônias e de seus êmulos. O pós-modernismo em direito não é um movimento ligado a uma atitude política reacionária; falar de direito pós-moderno no sentido que o entendemos, é convidar a reconhecer que as raízes "modernas" da concepção do Estado e do direito sobre as quais nós ainda vivemos, estão bem mortas, e que é tempo de passar a uma redefinição das raízes filosóficas susceptíveis de permitir instaurar uma regulação pertinente de nossas sociedades contemporâneas.

A própria concepção do que é o direito está mudando, e nós aprendemos pouco a pouco a discernir papéis que nada nos garante que eles foram programados de uma vez por todas. O progresso não é aquele que nós esperávamos. Quem sabe, hoje em dia, o que se espera exatamente dele e o que ele está no direito de esperar dos outros; e quem está realmente persuadido que não pode ser de outra forma? Senão, por que a rua contestaria os projetos de lei, os decretos de aplicação, e, de uma maneira geral, a justiça? Fala-se facilmente de crise; mas este é um discurso ultrapassado, inútil e infecundo. É muito mais importante procurar nas suas raízes as causas do disfuncionamento. Ou bem o programa inicialmente previsto era defeituoso; ou a idéia de que o direito está programado é errônea: fim do modernismo.

O direito do futuro, que será um direito pós-moderno, Enriquecer-se-á ao integrar as lições do relativismo e do pluralismo; tornar-se-á provavelmente mais leve, ao ceder uma parte de sua tarefa a outros tipos de regulação; e ele, sem dúvida, também se tornará mais complexo. Essa transformação estrutural nos leva a repensar o direito não apenas em termos de programação, mas, de modo mais amplo, em termos de tempo. Se a própria concepção da regra de direito se modifica, isto se fará pela reinserção do presente

jurídico na ordem do tempo: entre um passado que se torna realmente passado, e um futuro de que se admite que ele possa ser não-definido, não-garantido, cheio de *risco*. Neste sentido, dever-se-ia falar até mesmo de uma pluralidade de futuros, se habituar à idéia de uma aceitação de crises e de rupturas que são susceptíveis de se produzirem fora da doce segurança de um direito "moderno" do qual a" história recente nos mostrou que a programação pretensamente universal e atemporal era largamente fictícia. Nada, com efeito, pode pretender garantir um progresso ininterrupto. A história não é apaziguante, e o jurista não é um inspetor de jaleco branco encarregado de manter e controlar uma máquina prevista para funcionar sem problemas para a eternidade de uma humanidade enfim reconciliada consigo mesma.

Quanto ao filósofo do direito, ele será necessariamente levado a reintroduzir a dúvida sistemática no centro da observação do fenômeno jurídico. O desenvolvimento em direção a um direito pós-moderno constituirá um passo em direção a uma concepção do direito mais aberta do que aquela que nos legou o modernismo cujas qualidades, a partir desse ponto de vista, merecem ser relativizadas.

### Encontro de paradigmas

A abordagem pós-moderna é constituída, antes de tudo, por um estado de espírito, uma tomada de posição acerca de um modo de conhecimento do mundo, uma visão, uma *Weltanschauung*, como diriam os germanistas. Ela tem valor paradigmático, na medida em que ela se apresenta da seguinte maneira:

1) ela substitui um paradigma, o do modernismo, e se apresenta tal como ele, na forma de um *paradigma racional sistemático*. Ela questiona uma visão global da ordem social, da "legalidade" do positivismo legalista, do determinismo mecanicista cuja "lei" preside a ordem jurídica moderna.

2) ela repousa sobre um feixe de conceitos cujo produto (e somente ele) assegura a conjunção paradigmática: pragmatismo, relativismo, descentramento do sujeito, pluralismo das racionalidades, policentricidade, lógicas estilhaçadas, complexidade.

3) ela propõe generalizar a dialética do pensamento e da ação. Ela sugere a implementação de políticas jurídicas negociadas para substituir a ordem imposta existente.

4) ela considera como provisórias, hipotéticas e puramente instrumentais, as categorias estabelecidas do saber e as que nascem da implementação de um enquadramento disciplinar de uma porção do saber. Ela transgride estes espaços na via da interdisciplinaridade.

5) ela reconhece a implicação do sujeito no conhecimento do objeto, e consciente da inelutável transformação que se opera em ambos, no decorrer da análise, adota uma perspectiva decididamente teleológica.

A abordagem pós-moderna arroga-se em paradigma. Ela funciona com os seus conceitos e seus modelos. Ela é a pedra angular de todo o sistema de pensamento fundado na idéia do "plural", do "negociado", do "complexo". Como todo paradigma, ela gera seus próprios paradoxos.

*Os paradoxos do pós-modernismo no centro  
da dicotomia modernidade/globalização*

Ora, entre os numerosos paradoxos do pós-modernismo, encontram-se as antinomias que surgem ao longo do processo da globalização. Assim, um — o pós-modernismo — opõe o universal ao particular, e o outro — a globalização — o global ao local.

Enquanto que nossos direitos foram pacientemente construídos a partir dos fundamentos universalistas, individualistas e subjetivistas que permitiram a elaboração de noções bastante protetoras de direitos do homem e de democracia, eis que a idéia de relatividade das culturas nos

faz lembrar que o que é aqui considerado como segurança das pessoas pode passar, em outro lugar, por um desrespeito a princípios fundamentais.

Mesmo entre nós, a clareza e a segurança do direito sofrem hoje da ambigüidade conceptual na qual se desenvolveram os direitos do indivíduo em cartas "sociais" que atribuem ao trabalho e à saúde, por exemplo, a qualidade de direitos humanos invioláveis e sagrados. O conceito de direito subjetivo atribui à saúde uma propriedade vinculada à pessoa do indivíduo. Será que se pode-se enunciar rigorosamente que o trabalho ou a saúde pertencem à esfera de uma tal propriedade? Como se o indivíduo tivesse um direito, inerente à pessoa, de nascer com "trabalho" e "saúde"! Na realidade, liberdade, igualdade, trabalho e saúde não pertencem a mesma "classe"<sup>368</sup> de direitos humanos. Mas nossa prática jurídica não soube ainda como ratificar perfeitamente estas subitil distinções da teoria. Até que ela o consiga, deveremos conviver com este paradoxo do universal como fundamento de nossas democracias — incluindo o que se chamou — expressão já vista — de "superideologização dos direitos do homem"<sup>369</sup> — e do relativo como fundamento de nossas práticas jurídicas. É o fim do mito de um direito universalmente válido e protetor cujas premissas continuam contudo a embalar os sonhos de nossas democracias — que são apesar de tudo,

368 Pertencem a uma mesma "classe" os elementos de um conjunto que possuem entre eles uma *relação de equivalência*. Classificar é uma operação elementar e primordial em todo estudo de conjuntos ou sistemico. Para maiores explicações e exemplos em direito, ver André-Jean ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français...*, *op. cit.*; Id., "Autopsie d'un juge. Étude sémiologique de la jurisprudence aixoise en matière de divorce", In: *Archives de Philosophie du droit*, 1974, p. 197-220.

369 Cf. Gérard SOULIER, "Ingérence ou assistance humanitaire. Evolution des principes humanitaires", In: *Psychanalyses*, 45, 1993.

e até prova contrária e, submetidos à prova dos fatos e do tempo, o sistema político contemporâneo menos ruim<sup>370</sup>.

Como repensar essas conquistas insubstituíveis de forma a lhes assegurar uma matriz conceptual rigorosa que leve em conta o contexto próprio ao nosso tempo e na qual possa vir a se alimentar uma prática coerente? Algumas pistas foram abertas por aqueles cientistas políticos que vangloriam os méritos da “democracia participativa” para além da tradicional “democracia representativa”, ou nos confins da ciência política e da teoria do direito, pelos juristas que se esforçam em formular novas classificações para essas diversas variedades de direitos “subjettivos”, atribuindo-lhes raízes conceptuais adequadas<sup>371</sup>. Restaria ver em que medida eles poderiam tirar vantagem de uma análise operada através do paradigma pós-moderno<sup>372</sup>.

Quanto à globalização, ela tende a afastar toda idéia de direitos sociais que se inscreveriam na pretensão a uma qualquer “justiça social”<sup>373</sup>. Mas ela não pode se desenvolver sem se assegurar da universalização dos princípios democráticos e da proteção dos direitos do homem. Ela se refere a uma lei considerada como válida universalmente, a lei do mercado. Mas ela não pode se desenvolver esmagando o local, no qual ela se encontra em permanente dialética, tal como foi exposto no início.

Esta redescoberta do “local” permite, certamente, que as identidades culturais se afirmem. No entanto, isto se faz geralmente em detrimento do nível “nacional” (o Estado

<sup>370</sup> É o que diz também Hayek, mas eu não tenho a intenção de tomar como referência aqui os seus desenvolvimentos sobre este aspecto, preferindo cultivar o humor à amargura do autor atrabiliário.

<sup>371</sup> Gregório PECES BARA, *Curso de Derechos fundamentales*, op. cit.

<sup>372</sup> Cf. Boaventura DE SOUSA SANTOS, “Emanicipatory Practices: Human Rights and Transnationalization”, CONCLASS, Ôñati IISL, 1994; ID., op. cit., *Droit et Sociétés*, 35, 1997.

<sup>373</sup> Cf. *supra*, Lição nº 4.

no sentido “moderno”), em um contexto de enfraquecimento do Estado decorrente da multiplicação de relações “transnacionais”<sup>374</sup>. Como salvar as inegáveis proteções asseguradas pelo Estado-Nação e ao mesmo tempo continuar a salvaguardar a oportunidade de “renascimentos” identitários, sem se dobrar frente aos interesses — muitas vezes prejudiciais às proteções das pessoas — daqueles que negociam em nível “global”?

Universal e particular se opõem, mas são indissociáveis, tanto em uma perspectiva de reconstrução do direito na base dos fundamentos pós-modernos, como na implementação da regulação jurídica no âmbito da globalização das trocas.

Pós-modernismo e globalização estão ainda bastante ligados no que diz respeito à questão da desregulação e da re-regulação. Com o intuito de servir aos interesses do liberalismo econômico, nossos juristas e nossos homens políticos se lançaram de corpo e alma na demonstração das vantagens da desregulação. Ora, ao mesmo tempo, assistimos a uma demanda cada vez mais forte de re-regulação: problema do sangue contaminado na França, e por efeito em cadeia, em vários outros países (por que, perguntam os grupos de pressão interessados, essa área não foi regulamentada pelo Estado já que havia tanto perigo?); petições pedindo a regulação em matéria de bioética (nossas sociedades se mostram incapazes de se administrar pela ética e apelam para o direito — que elas não deixam, aliás, de condenar em nome de um exagerado intervencionismo de Estado). Poder-se-ia multiplicar os exemplos. Temos aí um novo tipo de juridicismo, que não é, desta vez, a obra de juristas que tendem em ver o direito por toda a parte e em não reconhecer como modo de regulação senão o que se faz pelo direito. É um tipo de juridicismo vulgar

<sup>374</sup> Maiores detalhes, *supra*, Lição nº 1.

ou populista, como queiram, cada um pronto a reclamar de um "vazio" descoberto na regulação estatal a fim de se beneficiar ao máximo da proteção da chocadeira social na qual estamos nascendo há algumas décadas. Como reagir sem cair na regulamentação do caso a caso? Quais serão os critérios da necessidade de uma regulação pelo direito?

Acrescitemos a isto as observações, feitas mais acima,<sup>375</sup> sobre o "retorno" do Estado (Estado cidadela, Estado gen-darme, Estado estrategista) em um contexto global de enfraquecimento deste último. A questão se complica quando são evocados outros tipos de regulação jurídica, que não aqueles que operam através do direito do Estado. O aparecimento de alternativas ao direito do Estado que, aparentemente, permite tornar as relações no seio da sociedade civil mais maleáveis, corre o risco de produzir efeitos perversos: um reforço do controle do Estado<sup>376</sup> ou, então, inversamente, a ausência de proteção ligada ao formalismo estatal, à segurança que oferece o Estado. Algumas vezes, com efeito, são os mais desprovidos que pagam por uma tal ausência de intervenção<sup>377</sup>. Que lugar reservar às soluções alternativas? Que legitimidade, que validade, que autoridade lhes reconhecer?

O neoliberalismo pretende que a globalização e suas conseqüências, "a grande sociedade" ou "sociedade aberta", assegurem o máximo de equidade entre os indivíduos, que é a igualdade de todos perante as mesmas regras. No entanto, tendo em vista o que precede, pode-se perguntar

<sup>375</sup> Cf. notadamente a Lição n.º 5.

<sup>376</sup> Ver Stanley COHEN, *Visions of social control*, Polity, Press, Cambridge, 1985.

<sup>377</sup> Um exemplo característico: a proibição no Japão, por uma lei de 1 de março de 1992, de três associações de gangsters que, em toda legalidade, através de intervenções alternativas em matéria de mediação nos conflitos judiciais, nas transações imobiliárias, nos reembolso de dívidas, estavam extorquindo, na verdade, os seus clientes.

qual é o destino da igualdade entre sujeitos de direito na sociedade diferenciada que se anuncia. Os sistemas alternativos de regulação jurídica ou de resolução de conflitos acarretam, de fato, o surgimento — concomitante de existência de mais justiça, mais igualdade, mais participação dos cidadãos na vida social — de uma sociedade diferenciada, abrangendo subsistemas que engendram, por si mesmos, sua própria regulação. Que uma certa dose ou certa modalidade de pluralismo permita lutar contra a hegemonia do direito estatal, tudo bem; que ele reintroduza no corpo social diferenciações que um direito de emanação única (o Estado enquanto poder delegado pelos cidadãos) permita aplanar, isto já merece reflexão. Será que é necessário, de fato, aceitar, sem reclamar, aquilo que não deixa de parecer uma regressão nos países de tradição jurídica e política "moderna", que conheceram a forma do Estado-de-bem-estar? Pode-se deixar países que não conheceram estas vantagens, passarem ao largo sem tê-las experimentado? Para além da vigilância necessária, como gerir uma situação de tal ordem quando ela está estabelecida?

O risco é ainda maior na medida em que os autores neoliberais não se privam de lembrar que a igualdade que eles preconizam é uma igualdade abstrata perante uma lei abstrata. E eles estão tão conscientes das desigualdades que a aplicação da lei do mercado acarreta, que eles próprios propõem atribuir uma renda mínima aos mais necessitados! Pós-modernismo e globalização são ainda confrontados às mesmas contradições quando se trata do retorno anunciado do *juiz*. Enquanto a sociedade procura vias alternativas, soluções pluralistas para os seus problemas jurídicos, em grande parte por desconfiança em relação a uma justiça considerada usualmente como lenta, custosa e pouco segura, observa-se em contrapartida um "retorno" do *juiz*. Nos países ditos "centrais", os magistrados da ordem judiciária, freqüentemente não podem mais se contentar em ser a voz da lei. Eles devem encontrar, juntamente com

outros intervenientes e parceiros sociais, soluções pragmáticas — às vezes no limite do mandato que lhe é confiado por sua função, fazendo prova de coragem e de desinteresse — para os assuntos que lhe são submetidos. A intervenção do juiz por via da delegação (em geral inscrita na lei) se faz, no cotidiano, de forma cada vez mais freqüente. Pedese a ele que além de se ater aos seus processos, assegure, em inúmeros casos, a responsabilidade da proteção e da educação dos indivíduos que lhe são deferidos. Além disso, em inúmeras hipóteses, o juiz passa agora a ser associado à execução das sentenças. Esta situação, é aliás, bastante paradoxal, já que ela surge no mesmo momento em que se fala de crise da justiça... A menos que a dita crise não se situe na impossibilidade na qual se encontram os juízes de fazer face, nos limites de sua formação e de suas forças, a estes múltiplos requerimentos. Que explicação encontrar para esses processos contraditórios? Como enfrentá-los?

Em outros lugares, observamos que o juiz freqüentemente não aceita mais ser o executor de uma lei que ele considera injusta. Todo o movimento de “juízes alternativos” no Brasil, que suscitou um interesse geral na comunidade científica, tem a ver com este tipo de reação pela qual o magistrado se esforça em reabilitar a sua imagem — a de uma certa idéia de justiça, de igualdade — junto aos cidadãos<sup>378</sup>. Mas esse retorno do juiz será compatível com a democracia formal preconizada pelo neoliberalismo? Ele não estará correndo o risco, pelo contrário, de aparecer como um substituto desta “justiça social” que eles execram?

378 Primeira abordagem por W. CAPELLER, Eliane JUNQUEIRA, no *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito, op. cit.* v.<sup>o</sup> “Alternativo”. Cf. também Edmundo LIMA DE ARRUDA, *Introdução à sociologia jurídica alternativa*, S. Paulo, Acadêmica, 1993; ID. (dir.), *Lições de direito alternativas*, S. Paulo, Acadêmica, 2 vol., 1991 e 1992. Na mesma coleção e pela mesma editora, *Juiz Alternativo e Poder Judiciário*, e ainda *Magistratura e Direito Alternativo*, e a *Revista de Direito Alternativo*.

Dessa forma, como confiar no juiz em um sistema que, procurando reduzir o papel do direito estatal, aspira claramente aumentar o do magistrado?

A supressão da *dicotomia entre o Estado e a sociedade civil*, reivindicada tanto pelos pós-modernistas como pelos defensores da globalização, parece apresentar somente vantagens. É verdade que nossas democracias careciam singularmente de “participação” dos cidadãos no exercício de um poder que eles tinham — segundo os termos do contrato social — entregue ao Estado soberano. Sendo os fatos turres, isto havia provocado conseqüências desastrosas. Grupos de interesse e de pressão surgiram no momento oportuno para levar ao legislador pelo caminho que lhes parecia mais favorável. Reatar com uma participação dos cidadãos parece um trunfo para o futuro da democracia. Mas como dar aos cidadãos os meios de participar realmente? E como garantir que essas ONGs que se multiplicam e se tornam tão poderosas não irão simplesmente tomar o lugar dos grupos de pressão, não irão se aproveitar de um certo enfraquecimento do Estado para ditar, no lugar dele, as normas de regulação sem que estas sejam acompanhadas das proteções que elas recebiam do Estado?

Entre a *pax burguesa*<sup>379</sup> sob os rastros da qual foi possível denunciar o direito de origem ocidental “moderna”, fundado sobre premissas cuja validade se encontra hoje amplamente ultrapassada, e a *pax americana*, emblema de uma ordem jurídica globalizada, não encontramos ainda a chave de um sistema jurídico futuro. No entanto, a própria sociedade entrou nessa era global. É por isso que o fosso se

379 Cf. André-Jean ARNAUD, *La règle du jeu dans la pax bourgeoise, op. cit.*, e o artigo intitulado “La pax bourgeoise” publicado no *Quadrant florentin per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milão, Giuffrè, 1973 p.147-176 (retomado in: *O Direito traído pela filosofia*, trad. de W.M. CAPELLER e L. OLIVEIRA, Porto Alegre, S. Fabris, 1991).

aprofunda entre o direito e uma economia, entre o direito e uma sociedade que lhe permanecem completamente estranhos. E por isso, igualmente, que não se cessa de se lamentar a respeito de uma crise do direito e da justiça para a qual os governantes — obnubilados que estão por questões de reforma orçamentária ou, no melhor das hipóteses, estruturais — se revelam invariavelmente incapazes de encontrar a solução e nem tampouco um paliativo.

#### *A globalização como manifestação pós-moderna?*

De fato, só é possível apreciar realmente o que é essa crise contemporânea do direito se a situarmos no centro deste processo onde encontram-se filosofia, epistemologia, sociologia e metodologia no estudo sócio-jurídico. Enquanto que as causas do marasmo aparecem claramente. Nossos direitos foram fundados na época dita “moderna” (séculos XVI-XVIII) a partir de conceitos puramente abstratos, considerados como universais e como fundadores de uma razão jurídica considerada como “única” e não susceptível de contradição. Entre esses diversos conceitos, cumpre destacar principalmente, e já o vimos, os de “subjetividade”, de “contrato social”, de “sociedade civil” e de “consenso”, de “simplicidade da razão natural”, de “segurança” assegurada pela “regulação jurídica”. Uma abordagem oposta — que será chamada de pós-moderna, em referência aos fundamentos modernistas — colocará a ênfase portanto no “alternativo”, no “informal”, no “local”, no “complexo”. Ora, essas conclusões são as mesmas das análises sócio-jurídicas contemporâneas: nossas sociedades procuram alternativas a um direito que com freqüência não lhes convém mais; elas admitem que as relações jurídicas implicam intervenções da comunidade social, mesmo fora da mediação ou da interposição do Estado; elas escapam facilmente ao formalismo de nossos direitos, percebidos

como uma caixa de força; elas revelam uma complexidade das relações jurídicas das quais estudamos anteriormente as diversas manifestações. Assim concebido, o pós-modernismo se constitui num modo de representação do universo que coincide com os fundamentos epistemológicos do universo truitivismo, e traduz, de forma bastante fiel, as análises de terreno elaboradas pelos sociólogos juristas. Trata-se de reconstrução de uma ciência “total” do direito baseada em uma pesquisa interdisciplinar, uma ciência global que inclui tanto a dogmática jurídica como a filosofia global que e a sociologia jurídica.

O estilhacamento do monolitismo do direito, a diversificação dos modos de regulação da esfera até aqui considerada como “jurídica”, o abandono progressivo do conceito do universalismo da razão jurídica, a perda de vitalidade do subjetivismo, o fracasso da grande dicotomia individualismo/coletivismo, tudo parece indicar que a modernidade está morta. A pós-modernidade em direito estará, contudo, apta a assegurar o triunfo da globalização? Será, ela, em última instância, a filosofia que favorecerá? Seria sabrochar das idéias neoliberais?

A pós-modernidade privilegiaria o pragmatismo em detrimento da abstração. Mas existe aí um paradoxo. O pragmatismo, que aparece como testemunho do fim do modernismo, está, na realidade, intimamente ligado a uma visão moderna do direito. Por um lado, de fato, a concepção moderna do direito, com a racionalização de tipo axiomático que implica a própria existência mesma de códigos, jurídica por excelência, com o subjetivismo, que proclama a universalidade de um sujeito titular de direitos inscritos em seu próprio ser, supõe a existência de direitos inscritos papel é considerável e fundamental, já que é necessário procurar sempre o meio de acomodar as normas geradas aos casos particulares.

Por outro lado, o pragmatismo leva a tomar em consideração uma evolução da sociedade que, acima de um simples ajustamento cotidiano entre o "direito nos livros" e o "direito em ação", acaba por tornar caducos os nossos velhos direitos. Novas tecnologias, progresso da biologia e dos estudos sobre o ser vivo, transnacionalização da economia, multiplicação dos fenômenos transculturais, sofisticação crescente dos métodos de controle social, desenvolvimento de modos alternativos de ordenação social e de regulação dos conflitos não permitem mais que os práticos enfrentem as novas situações com a ajuda de um instrumental obsoleto.

Além disso, a abstração, cuja importância para as origens da ciência jurídica "moderna" foi salientada, é também, como foi igualmente visto, a reivindicação fundamental do pensamento neoliberal. A lei do mercado, sobre a qual repousa a ordem global, é uma lei essencialmente abstrata. Poder-se-ia até mesmo afirmar que ela se assemelha estranhamente a este plano mecanicista que regeria o universo e contra o qual se insurgem, em reação, os defensores de um pensamento jurídico pós-moderno. É bem verdade que o indivíduo, na ignorância deste plano, pode dele recolher os fragmentos que lhe permitirão, pragmaticamente, se adaptar permanentemente às mudanças da ordem econômica. É a razão pela qual o neoliberalismo exalta o papel do juiz, atribui à prática um papel essencial na implementação, no cotidiano, da lei do mercado.

Esta observação nos leva a uma outra: apesar da importância concedida pelos autores neoliberais aos direitos humanos, o sujeito não está mais no centro do universo jurídico. Ele é substituído, nesse centro, pela lei do mercado. Assim, com efeito, reencontramos aqui o relativismo do local na sua dinâmica com o global. Não seria esta dialética típica igualmente de um pensamento pós-moderno a respeito do qual se criticou apressadamente o fato de ter rejeitado os produtos "modernos" juntamente com a

filosofia na qual eles se desenvolveram? Universalismo, pragmatismo e relativismo dialogam em permanência aqui e acolá.

Pós-modernidade e globalização se encontram lado a lado em outros combates: o combate contra o intervencionismo do Estado e para o desenvolvimento da sociedade civil, aquele em favor da flexibilidade, da escuta às mudanças. Uma e outra convidam a observar sinais nos movimentos econômicos e sociais. Juntas, elas combatem uma segunda artificial e tenderiam preferivelmente a reatar com um tipo de solidariedade social.

A rejeição, pelos juristas pós-modernos, da axiomática jurídica corresponde às críticas dirigidas por Hayek ao construtivismo cartesiano. É verdade que o princípio da dúvida metódica deixa crer que podemos chegar ao conhecimento científico, fazendo assim com que a tentativa de construir ordens à nossa conveniência, a partir do que se acredita ser a verdade, seja grande. Resta saber se os ataques do autor se dirigem também em direção a este construtivismo inseparável de uma abordagem complexa dos sistemas jurídicos. Este último é fundado a partir da rejeição de uma epistemologia positivista e da adoção de uma epistemologia constitutiva. Mas as posições sob este aspecto parecem irreduzíveis. "Nada é dado, tudo é construído" afirmam os pós-modernistas após Bachelard. "Nós não sabemos nada, mas tudo é dado e nada deve ser construído", responde Hayek, que se orgulha de retomar o caminho dos autores pré-modernos para restabelecer uma corrente de pensamento que ele considera ter sido erroneamente abafada através de vários séculos de esforço do pensamento ocidental. Neste ponto, a distância entre pós-modernidade e globalização se confirma irreduzível.

O distanciamento se faz maior ainda, quando se aborda a esfera da racionalidade. Porque a globalização, com suas teses neoliberais, responde a uma racionalidade única, a da lei do mercado, enquanto que o pós-modernismo se

refere, como se sublinhou, às lógicas estilhaçadas. Estas múltiplas racionalidades que dificultam um direito pós-moderno não seriam respeitadas pela globalização, mesmo se esta última só exista em uma dialética permanente do global e do local. O local, na realidade, se relaciona, como foi visto,<sup>380</sup> com o global de uma tal forma, que, ou ele localiza o global, ou é globalizado por ele. Em qualquer caso, é a lei do mercado que serve de referência, uma racionalidade global e total, única, não susceptível de ser desafiada sob risco de sua própria derrota.

Eis, provavelmente, a razão pela qual não seja correto falar de um pós-modernismo no singular, e ainda menos reduzi-lo à globalização. O pós-modernismo se caracteriza em si mesmo pela sua multiplicidade, pelo seu caráter plural. E caso este tipo de pensamento se verificar susceptível de permitir aos juristas lançar as bases de uma ordem jurídica e política que convenha aos dados variados e complexos do presente, os neoliberais terão muito trabalho. Quando, enfim, desvencilhados dos vestígios do pensamento moderno, que, às vezes bloqueia, ou que pelo menos, atrasa os mecanismos do mercado, eles se julgarem livres daquilo que consideram como entraves à lei do mercado, na verdade eles terão de enfrentar um novo combate, quão mais difícil, desta vez! Pós-modernidade e globalização constituem daqui por diante, para os juristas, o contexto de um novo combate que opõe libertários e déspotas do mercado.

## Bibliografia escolhida

- ALBROW M. & KING E. (eds), *Globalization, Knowledge, and Society: Readings from international Sociology*, Sage, London, 1990.
- ARNAUD, André-Jean, "Droit et Société": du constat à la construction d'un champ commun", In: *Droit et Société*, 20/21, 1992, p.17-38.
- \_\_\_\_\_. "Du jeu fini au jeu ouvert. Réflexions additionnelles sur le droit pos-moderne" In: *Droit et Société*, 17-18, 1991, p.38-55.
- \_\_\_\_\_. "Legal interpretation and Sociology of Law at the beginning of the Post-modern Era", In: *Splashes and sparkles*, Oñati, 1990 (Oñati Proceedings, vol. 2), p. 173-192.
- \_\_\_\_\_. "Repensar um direito para a época pós-moderna", In: *O Direito traído pela filosofia*, Sergio A. Fabris, Porto Alegre, pág. 245 seg.
- \_\_\_\_\_. *O Pensamento Jurídico Europeu*, Editora Internacional Lisboa, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Le droit trahi par la sociologie*, LGDJ, Paris, 1998.
- \_\_\_\_\_. "Le droit des marchés financiers entre modernité et globalisation", (collab. avec B. XUE-BACQUE), In: *L'Année Sociologique* (Paris), 1999.
- \_\_\_\_\_. FARINAS-DULCE, M<sup>te</sup> José, *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*, Renovar, Rio de Janeiro, 1999.

