

série *GVlaw*

José Eduardo Faria

SOCIOLOGIA JURÍDICA

Direito e Conjuntura

2ª edição
2010

2ª tiragem
2011



3 POLICENTRISMO X SOBERANIA: AS NOVAS ORDENS NORMATIVAS

Um dos aspectos mais significativos e conhecidos do fenômeno da globalização é o crescente predomínio dos sistemas financeiro e econômico mundiais sobre os sistemas nacionais e locais. À medida que o livre comércio se generaliza, as disputas pelo mercado se tornam mais acirradas e as empresas transnacionais passam a atuar como sistemas integrados, os processos decisórios nacionais são submetidos a pressões desregulamentadoras – sob a forma de privatizações de serviços essenciais, alienação de empresas públicas, revogação de monopólios estatais, substituição de estratégias protecionistas pela liberalização comercial, flexibilização da legislação trabalhista, redução de encargos sociais etc. – e acabam sendo reformulados ou redesenhados.

Em face do policentrismo decisório que caracteriza a economia globalizada, com suas hierarquias altamente flexíveis, entidades nacionais ou supranacionais híbridas e estruturas de comando cada vez mais diferenciadas e diversificadas, os Estados tendem a perder a posição de poder exclusivo na coordenação das ações coletivas. Se, por um lado, são cada vez mais pressionados por mercados globalizados que não conseguem controlar, por outro, ficam expostos a pressões e reivindicações internas que não podem ou não conseguem acolher. Enquanto no plano interno os Estados enfrentam uma crescente pluralidade e heterogeneidade de situações e desafios inéditos, no plano externo eles se vêem às voltas com fluxos sobre os quais não conseguem exercer sua autoridade tradicional. Evidentemente, o impacto dessa mudança não é homogêneo, variando de país para país de acordo com as condições locais específicas, a dimensão do mercado consumidor, as lutas sociais internas, as estratégias adotadas pelos governos e a situação geopolítica de cada país. Mesmo assim, independentemente das variações de tempo e ritmo dessas mudanças, um fato é inegável: os Estados passam a sofrer a interferência cruzada dos mais variados atores transnacionais. Além disso, muitos desses atores apresentam-se como “interlocutores” de governos nos planos econômico e social, o que relativiza a polaridade nacional/internacional do direito positivo fundada na premissa de que os Estados, em princípio, poderiam fazer o que quisessem com seus cidadãos dentro de seus limites territoriais.

Diante do progressivo predomínio da lógica financeira sobre a economia real, as fronteiras tendem a se tornar mais porosas, e os espaços tradicionalmente reservados ao direito e à política tendem a não mais coincidir com o espaço territorial. Com isso, a atenção agora se volta

à questão da atualidade, do alcance e da efetividade da soberania do Estado. A argumentação a ser aqui desenvolvida parte da premissa de que, em face do choque entre sua "geografia" fixa e o caráter extraterritorial dos problemas surgidos com a universalização da concorrência, o acirramento comercial e a concentração do poder econômico, o Estado está perdendo autonomia para o "mercado", enquanto instância de coordenação da vida social, referência cognitiva das comunidades de especialistas e base de legitimação discursiva de agências internacionais e organismos multilaterais.

O dinamismo e a força da globalização comercial e financeira se alicerçam nas idéias de produção sob regime de competição interna e externa e de livre integração dos mercados, justificadas com base nas linhas programáticas do liberalismo econômico e defendidas de maneira enfática por grandes órgãos de comunicação, por organismos multilaterais de crédito, por câmaras de comércio e demais entidades de classe. Em termos práticos, contudo, princípios e diretrizes market friendly tendem a ser adotados ou seguidos de maneira bastante seletiva pela maioria dos países que os defendem e os promovem. Nesse sentido, quando os Estados realmente são livres para agir de maneira independente das restrições de mercados transnacionalizados? E que critérios podem eles utilizar para decidir se os custos da globalização econômica são menores ou maiores do que os custos do isolamento, do fechamento comercial e das restrições à livre atividade econômica?

Em princípio, dependendo do estágio de complexidade alcançado por suas economias, qualquer governo nacional poderia recusar-se a "abri-la" com maior ou menor grau, com o objetivo de tentar preservar uma relativa independência na definição de sua agenda decisória. Igualmente, poderia negar-se a vincular decisões internas aos imperativos, formas organizacionais e lógica operacional dos mercados transnacionalizados. No entanto, diante da crescente mobilidade dos fatores de produção, dos riscos de fuga em massa de capitais e das dificuldades subseqüentes de acesso a fontes de crédito e de inovação tecnológica, os custos políticos, econômicos e sociais de uma opção hostil a esses mercados e de uma recusa à abertura e liberalização econômicas tendem a crescer em ritmo de progressão geométrica, levando, assim, aos riscos de isolamento comercial, financeiro e tecnológico; e quanto maiores são esses riscos, mais pragmática tende a ser a reação dos governos nacionais, rendendo-se a uma inserção subordinada aos mercados globalizados. Dito de outro modo, a globalização econômica induz os países a adotarem as mesmas "regras do jogo" e, por conseqüência, a se submeterem aos "fiscais" internacionais.

É por esse motivo que os países mais desenvolvidos e próximos do

“núcleo duro” da economia globalizada, produtores quase oligopolistas de bens com alto valor agregado e grande densidade tecnológica, acostumaram-se a tratar sua “soberania” como matéria de direito, enquanto os países periféricos e semiperiféricos, cuja grande maioria produz bens de baixo valor agregado para mercados altamente competitivos, passaram a vê-la pragmaticamente, ou seja, dentro de suas limitações econômico-financeiras e geopolíticas. As alternativas a estes deixadas, como se vê, são tão paradoxais quanto perversas. O risco de isolamento comercial, financeiro e tecnológico é o preço cobrado pelas exigências do assim chamado “novo constitucionalismo” ou “neoinstitucionalismo” – isto é, dos valores, regras e procedimentos estabelecidos pela tecnocracia responsável pela gestão dos capitais transnacionais, como forma de reação às políticas de “não-conformidade” ou de autarquização econômica dos governos nacionais (Gill, 1997; Kirat e Sérverin, 2000; e Uprimny, 2006). Já o custo da abertura comercial e da integração na economia globalizada é de outra natureza. As complexas tramas de interesses e poderes constituídas pelos agentes econômicos transnacionais levam os governos nacionais a perder as capacidades de esgotar os recursos tributários da economia interna, de adotar medidas protecionistas e formular políticas econômicas orientadas pela demanda, de pensar estrategicamente o futuro, de estabelecer objetivos de longo prazo, de garantir as condições físicas mínimas indispensáveis a qualquer projeto de crescimento e de promover a idéia de justiça pela ação fiscal.

Desse modo, os Estados periféricos e semiperiféricos passam a enfrentar crescentes dificuldades para assegurar as bases fundamentais de sua legitimação material ou substantiva. Isto porque, no plano econômico, a obtenção de taxas expressivas de crescimento está condicionada à sua inserção competitiva nos campos e setores mais dinâmicos dos mercados internacionais, que são excludentes em termos de geração de novos postos de trabalho. Por consequência, quanto maior é a abertura comercial e financeira, maior acaba sendo a tendência de aprofundamento das desigualdades sociais já existentes. No plano institucional, o escopo, o alcance e a efetividade das instituições político-representativas e dos mecanismos participativos organizados em bases nacionais também tendem a ser em grande parte esvaziados. Mas não é só. Uma vez que os limites territoriais circunscrevem a “jurisdição” na qual os indivíduos são incluídos ou excluídos na participação das decisões que afetam suas vidas e seu patrimônio, a crescente relativização da importância das fronteiras geográficas também acaba levando ao enfraquecimento das próprias liberdades públicas e dos direitos fundamentais.

Além disso, no plano social, a distância entre o que esses Estados

deveriam e poderiam fazer e o que realmente fazem, para assegurar desenvolvimento, coesão, bem-estar, por um lado, e minimizar carências, desigualdades e vicissitudes, por outro lado, ganha feições assustadoras. Na maioria das vezes, esses Estados circunscrevem sua atuação à adoção de medidas pontuais e transitórias diante de questões sociais de caráter estrutural – mais precisamente, limitam-se a implementar estratégias compensatórias, sob a forma de programas “focalizados” de assistência social aos setores de extrema pobreza, sem reagir de maneira sistemática à crescente desintegração de suas respectivas sociedades, como se vê com clareza na América Latina e na Ásia. Nestes dois continentes, os Estados têm sido compelidos a substituir a idéia de universalização, pela qual o poder público oferece serviços e benefícios sociais para a população como um todo, de forma a garantir direitos básicos em matéria de saúde, saneamento, educação, habitação, segurança etc., por políticas de focalização, pelas quais os gastos sociais devem ser concentrados em públicos-alvo muito bem definidos, selecionados em situações-limite de sobrevivência, de forma a propiciar a maximização da eficiência alocativa de recursos escassos (Kerstenetzky, 2005). No plano cultural, como já foi afirmado no item anterior, o advento de identidades cada vez mais mundializadas, cujo alcance ultrapassa os limites estritos de cada lugar, leva o Estado-nação a perder o monopólio da definição do sentido da vida coletiva, passando a partilhar ou concorrer com forças políticas, forças sociais e outros movimentos identitários. No plano institucional, atributos formais, materiais e simbólicos do princípio da soberania, como supremacia, incondicionalidade, inalienabilidade, indivisibilidade, centralidade e unidade do Estado, que foram consagrados desde a formação do sistema internacional de Estados territoriais pelo Tratado de Westfália, no século XVII, são progressivamente relativizados e enfraquecidos não apenas pelo poder substantivo dos mercados, mas, igualmente, pela entrada em cena de novos atores locais ou regionais, reivindicando espaços de autonomia política, administrativa e fiscal cada vez mais amplos.¹ Por fim, no plano especificamente jurídico, o direito positivo e as instituições judiciais passam a enfrentar enormes limitações estruturais.

Uma dessas limitações é a redução de parte de sua jurisdição. Como suas normas e as cortes encarregadas de aplicá-las foram concebidas para atuar dentro de limites territoriais precisos, o alcance e a eficácia da intervenção do Estado tendem a diminuir na mesma proporção em que (a) as formas tradicionais e excessivamente hierarquizadas de ação e regulação públicas se tornam incompatíveis com a flexibilidade e as possibilidades que as novas tecnologias propiciam, sendo progressivamente substituídas por órgãos dotados de ampla autonomia funcional e

administrativa; (b) a interdependência financeira e as relações comerciais globais se aprofundam e se intensificam; (c) a importância econômica e o simbolismo político das fronteiras geográficas tradicionais são superados tanto pela expansão das tecnologias de informação e produção, das redes de comunicações, dos sistemas de transportes e das novas estruturas empresariais quanto pela justaposição e inter cruzamento de novos centros de poder (Quadro 1), com o subsequente risco de rompimento do vínculo entre cidadania e nacionalidade (Habermas, 1994; e Innerarity, 2002); e (d) vão emergindo novas identidades locais e regionais, práticas políticas alternativas desenvolvidas fora dos limites institucionais, projetos específicos de natureza política e social e novas formas de vida e de convivência, forjadas em torno “de uma nova proeminência dos direitos às raízes”, o que permite a um indivíduo definir-se como “catalão”, ou como “espanhol”, ou como “europeu”, por exemplo, ou, então, como “quebecquois” ou como “canadense” (Santos, 2001: 60; Jessop, 2002:12 e 2003:6-12; e Slaughter, 2003:17).

Quadro 1

POLICENTRISMO DECISÓRIO NA ECONOMIA GLOBALIZADA

	Privado	Governamental	Terceiro Setor
Alcance			
Supranacional	TNGs	Ogs	Ongs
Nacional	Firmas	Central	Descentralizado
Subnacional	Local	Local	Local

Fonte: Mye e Donahue (2000:13).

Quanto maiores são a velocidade e a intensidade desse processo, mais as instituições legislativas tradicionais vão cedendo lugar a novas fontes de produção normativa – fontes supranacionais (por meio da transferência de competências legais do Estado-nação para organismos multilaterais, convertidas em centros de interesses dotados de poder próprio e autônomo), fontes privadas (envolvendo práticas e procedimentos

regulatórios desenvolvidos por entidades empresariais e associações profissionais, fontes técnicas (baseadas na expertise científica) e fontes comunitárias (baseadas na capacidade de articulação e mobilização dos diferentes setores da sociedade, por intermédio de ONGs e movimentos sociais). Dito de outro modo, quanto mais o direito positivo e os tribunais se revelam incapazes de superar seus déficits de rendimento ou desempenho funcional, em matéria de estabilização das expectativas normativas e de resolução de litígios, mais tendem a ser atravessados no seu papel de garantidores de controle da legalidade por justiças paralelas e normatividades justapostas, de nível infranacional ou supranacional, de caráter não-estatal, infra-estatal ou supra-estatal.

As justiças e normatividades forjadas em espaços infranacionais e infra-estatais surgiram das necessidades reais de diferentes setores sociais e econômicos, cujos interesses substantivos e expectativas normativas já não encontram a acolhida necessária nas instituições jurídico-judiciais tradicionais, e são postas em prática, por exemplo, pela adesão a um amplo conjunto de diretrizes comportamentais sem interferência estatal do poder público. Já as justiças e normatividades que têm sido forjadas no contexto transnacional e postas em prática em espaços supranacionais resultam de fatores de outra natureza. Dentre eles destacam-se, por exemplo, a divisão de responsabilidades entre unidades políticas multi-funcionais; a formação de redes de atores e instituições funcionalmente diferenciadas e regional ou globalmente orientadas; a proliferação de centros altamente especializados nas mais variadas áreas do conhecimento; e a velocidade dos processos de convergência normativa, harmonização das legislações nacionais, padronização técnico-organizacional e unificação burocrática decorrente da formação de grandes blocos comerciais, das experiências de integração regional, da multiplicação de instituições internacionais supra e intergovernamentais e do advento de organismos transnacionais não emanados ou constituídos diretamente a partir da autoridade dos Estados.

No primeiro caso, como é ilustrado mais à frente pelo Quadro 2, estão florescendo os mais variados procedimentos negociais, mecanismos regulatórios informais e órgãos paraestatais de resolução de conflitos. Isso se dá sob a forma de técnicas e esquemas de mediação, conciliação, arbitragem, autocomposição de interesses e auto-resolução de divergências, e até da imposição da lei do mais forte nas áreas periféricas inexpugnáveis sob controle do crime organizado, constituindo esta última um direito marginal.² Já no segundo caso, destacam-se, por exemplo, os International Commercial Terms e as diretrizes para o comércio via Internet estabelecidos pela Câmara de Comércio Internacional de Paris (ICC, um organismo privado); os modelos de direito contratual e legislação

internacional sobre o reconhecimento da assinatura digital no comércio eletrônico propostos pela United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL, um organismo multilateral); e os princípios de uniformização dos contratos comerciais de venda internacional de bens formulados pelo International Institute for the Unification of Private Law, de Roma (UNIDROIT, um organismo intergovernamental constituído em 1926 como órgão auxiliar da antiga Sociedade das Nações e recriado em 1940).

Se há um denominador comum entre esses distintos regimes legais e essa imensa variedade de corpos regulatórios e adjudicatórios transnacionais surgidos com a globalização da economia, como fica particularmente claro na proteção dos direitos à propriedade intelectual, no reforço da segurança jurídica das transações em um mundo virtual e nas negociações para a liberalização dos movimentos de capital, ele é representado pelo fato de que quase todos esses regimes têm sido concebidos com base nos valores, categorias, conceitos, diagnósticos e prescrições prevalentes no âmbito das economias centrais e postos em prática pelos mecanismos fiscalizadores e controladores dos mais diversos organismos multilaterais e órgãos (formais e informais) da chamada "governança multinível", como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional (FMI), a Organização Mundial do Comércio (OMC), a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Grupo dos Sete Países Industrializados (o G-7, grupo informal que exerce papel-chave na regulação das finanças mundiais), o G-20 (o G-7 expandido, incluído outros países "sistemicamente importantes", como Rússia, China, Índia, África do Sul, Arábia Saudita e Brasil), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, o Banco para Compensações Internacionais (BIS) e o Comitê de Basileia de Supervisão Bancária, ou, então, de órgãos de integração econômica regional, como a União Européia (UE), o Acordo de Livre Comércio da América do Norte (Nafta), o Mercado Comum do Cone Sul (Mercosul), a Associação das Nações do Sudeste Asiático (Asean), a Associação de Países do Pacífico Asiático (Apec) etc. (Trubek et alii, 1993; Arnaud, 1998; Scheuerman, 1999; Ladeur, 1999; Sand, 2004; e Picciotto, 2007). Ao todo, existiriam hoje mais de 350 instituições desse gênero, com diferentes níveis de escala e de autoridade, metade criada após 1960, exercendo funções que se entrelaçam e corroem a soberania dos Estados, levando a transferências de competência que abrem caminho para o que muitos autores chamam de "vazios de legitimação" (Habermas, 2001:7).

Paralelamente, nesse contexto em que o protagonismo das relações internacionais já não é mais exclusividade nem dos Estados nem de instituições intergovernamentais, duas outras normatividades também vão

se expandindo de modo veloz. A primeira delas se expressa por meio de um corpo de práticas, usos e costumes, regras, códigos de ética ou conduta, memorandos de entendimento (Memoranda of Understanding), cláusulas contratuais, termos padronizados e princípios mercantis forjado por empresas dos mais variados portes no interior das redes transnacionais de comercialização de insumos, bens e serviços, com o objetivo de regular o acesso a mercados, de balizar e disciplinar transações comerciais ou financeiras e de propiciar critérios, métodos e procedimentos para a resolução – via mecanismos de arbitragem, por exemplo – de conflitos no comércio internacional. Dispondo da flexibilidade necessária para adaptar especificidades setoriais e regionais e basicamente operado por associações empresariais, câmaras de comércio, corporações profissionais e operadores do direito designados como “artesãos legais” pelos doutrinadores, essa normatividade constitui a assim chamada “nova” Lex Mercatoria, em contraposição à forjada nos tempos medievais (Dezalay e Garth, 1995, 1996 e 2000; Gessner, 1996 e 2005; Ly, 1999; Sand, 2000 e 2004; Slaughter, 2003 e 2004; Steffek, 2004; e, numa perspectiva bem mais crítica, Laporta, 2006).

A “antiga” Lex Mercatoria surgiu na Idade Média, antes do advento dos Estados modernos. Constituída sob a forma de convenções e costumes comerciais prevalecentes no mundo feudal, ela foi desenvolvida por navegantes e comerciantes de forma espontânea, ou seja, sem ser imposta por autoridades locais. Conferindo às partes liberdade de escolha das regras de direito a serem aplicadas pelos árbitros e se expressando mais por meio de princípios gerais do comércio internacional – como o da boa-fé – do que por meio de regras especiais, a “nova” Lex Mercatoria tem sua jurisdição sobre mercados, comunidades profissionais e cadeias produtivas – não sobre territórios. A extraordinária expansão desse tipo de normatividade ao longo das últimas três décadas foi impulsionada, entre outros fatores, pelos litígios entre companhias petrolíferas e países recém-independentes com relação à nacionalização das reservas, ao cumprimento de contratos firmados antes da independência, às leis aplicáveis aos contratos e à soberania das riquezas nacionais. As companhias petrolíferas sempre procuraram evitar os tribunais locais como foro de resolução de controvérsias, temendo a falta de isenção dos juízes, enquanto os países recém independentes, por razões políticas internas, passaram a considerar inaceitável a aplicação das leis vigentes nos países centrais. Com isso, a opção pela arbitragem e pelos princípios gerais de comércio internacional se revelou a saída mais adequada às duas partes. Para os países exportadores, ela reduz significativamente o custo político decorrente dos litígios, na medida em que evita a submissão dos interesses nacionais a

leis estrangeiras. Para as companhias petrolíferas, essa opção desloca a discussão para ambientes politicamente mais neutros e permite que ela seja travada em termos mais técnicos, podendo as partes recorrer à assessoria das grandes firmas internacionais – basicamente americanas e inglesas – de advocacia (Dezalay e Garth, 1996).

Expressa sob a forma de “governança sem governo”, uma estrutura sistêmica flexível articulada de modo descentralizado, o outro tipo de normatividade é constituído por conhecimentos especializados e expertises. Mais precisamente, ele é formado pelo conjunto de técnicas padronizadas de comunicação digital e procedimentos concebidos e desenvolvidos para atender às exigências de padrões mínimos de qualidade, transporte e segurança dos bens e serviços em circulação no mercado transnacionalizado, de especificação de seus componentes, da origem de suas matérias-primas, de contabilização e controle de seus custos etc. Constituindo a assim chamada Lex Digitalis e o assim chamado Direito da Produção (Santos, 1995; Boy, 1998; Lehmkuhl, 2000; Vesting, 2004), esse tipo de normatividade resulta dos trabalhos de sistematização, harmonização e padronização realizados por órgãos como a International Organization for Standardisation (ISO), o Deutsches Institut für Normung (DIN), o Committee for Electrotechnical Standardization (CENELEC), o Forestry Stewardship Council, o European Telecommunication Standard Institute (ETSI), a Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), o Financial Accounting Standards Board (FASB), o International Accounting Standards Committee (IASC) e a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Criados como entidades privadas sem fins lucrativos e responsáveis por definições de padrões internacionais que não são legalmente vinculantes, vários desses órgãos agem por delegação de governos, sendo fortemente influenciados por empresas privadas e grupos de interesse, enquanto outros ocupam o vazio deixado pelos poderes públicos em setores e matérias de extrema complexidade técnica e saberes altamente especializados³.

Atualmente, pelo menos 1/3 das atividades das 65 mil empresas transnacionais atuantes na economia globalizada, por meio de aproximadamente 850 mil filiais e subsidiárias, empregando 54 milhões de pessoas, pouco num planeta de 6 bilhões de habitantes, e com vendas anuais estimadas em cerca de US\$ 19 trilhões, o dobro das exportações mundiais, é realizado entre elas próprias, ou seja, entre empresas que pertencem a um mesmo conglomerado (Unctad, 2004). E quanto maior é a tendência de expansão do comércio intrafirmas (intra firms trade), mais difícil se torna seu controle pelas autoridades fiscais e aduaneiras do Estado-nação, na medida em que os valores formais de suas transações

não correspondem necessariamente aos preços que refletem os custos reais de produção, permitindo-lhes registrar lucros e perdas em países onde a carga tributária é nula ou pouco severa e as regulamentações são bastante frouxas ou lenientes. Como consequência, isso faz do comércio intrafirmas uma importante fonte autônoma de princípios normativos, regras, procedimentos e códigos de conduta corporativa, ou seja, uma fonte de produção privada de direitos, sob a forma de processos autofundados e capazes de se auto-alimentar de modo contínuo.

Dito de outro modo, na medida em que essas empresas se caracterizam pela concentração das funções de decisão e inovação nas matrizes e dispersão das operações industriais e comerciais, as relações contratuais entre essas empresas e suas filiais, subsidiárias e fornecedoras cativas de insumos e suprimentos constituem uma forma de organização privada da produção, da comercialização e da distribuição de bens e serviços, estabelecendo situações de poder desiguais e de dependência, com uma lógica de subordinação, domínio, parceria e cooperação. São relações contratuais contínuas, que tendem a se prolongar indefinidamente no tempo e, por isso mesmo, acabam forjando usos, costumes, obrigações de lealdade e hierarquias informais. Com seus esquemas de coordenação gerencial, coerção disciplinar e controle operacional assegurando sua coesão funcional, essa organização privada da produção, comercialização e distribuição de bens e serviços encerra, assim, mecanismos difusos e relacionais de poder, ramificados por formas locais e regionais que se materializam nas práticas organizacionais e corporativas das empresas com atuação transnacional, ultrapassando em larga escala os limites das normas, tribunais e procedimentos do ordenamento jurídico dos Estados-nação.

Quadro 2

TIPOS DE ORDENS NORMATIVAS E SUAS PRÁTICAS JUDICIAIS

Tipos de ordem Características	<i>Lex Mercatoria</i> e direito da produção	Direito inoficial	Direito positivo	Direito marginal
O que está em jogo	Tensões não declaradas publicamente	Conflitos materiais	Litígios jurídico-processuais	Agressões
Objetivos	Relações continuadas	Soluções substantivas	Soluções formais	Contestação
Tipos de norma	Pragmático e casuísta	Soluções <i>ad hoc</i>	Direito codificado	Lei do mais forte
Racionalidade	Procedimental	Material	Formal	Irracional
Modo de formalização	Contratual	Negociação	Aplicação	Ausência de formalização
Tipo de procedimento	Transação e mediação	Conciliação e arbitragem	Decisão	Punição e repressão
Grau de institucionalização	Organização flexível e sistemas auto-regulados	Campo social semi-autônomo	Campo normativo estatal	Marginalidade social e criminal
Efetividade do Direito	Por aceitação e por inclusão	Por adaptação ao contexto	Pretensão de aplicabilidade universal	Desafio contínuo da ordem

Fonte: adaptado de Rouland (1988: 447).

Outra limitação estrutural do direito positivo e de suas instituições judiciais diz respeito à discrepância entre seu perfil arquitetônico e a crescente complexidade do mundo contemporâneo. Suas normas tradicionalmente padronizadoras, com seqüências lógicas e binárias, editadas com base nos princípios da impessoalidade, da generalidade, da abstração e do rigor semântico e organizadas sob a forma de um sistema fechado, coerente e postulado como isento de lacunas e antinomias, são singelas demais tanto para apreender quanto para dar conta de uma pluralidade de situações sociais, econômicas, políticas e culturais cada vez mais funcionalmente diferenciadas – situações essas, como já foi dito,

cujas relações da interdependência não são hierárquicas, mas estruturadas em forma de rede. As exigências de objetividade e as condições de validade do direito positivo se chocam com as necessidades de flexibilidade e adaptabilidade das novas políticas regulatórias, cuja implementação depende de uma intrincada articulação entre instrumentos normativos, meios materiais e condições institucionais. Seu formalismo excessivo e o caráter rigidamente escalonado do sistema jurídico tendem a impedir a visão da complexidade socioeconômica e a percepção da crescente singularidade dos conflitos, em contextos marcados por mudanças muito rápidas e, por vezes, radicais. Seus princípios gerais, suas regras e seus procedimentos já não conseguem regular, disciplinar e controlar, guardando a devida coerência sistêmica, fatos multifacetados e heterogêneos, acarretando com isso graves distorções nos preços e reduzindo a eficiência na alocação de recursos. E muitas de suas prescrições assentadas em sanções de caráter punitivo-repressivo, bem como aplicadas por tribunais submetidos a ritos processuais excessivamente detalhistas e bastante morosos, são incompatíveis com as exigências de rapidez, agilidade, flexibilidade e adaptabilidade dos novos paradigmas de produção e dos novos padrões de funcionamento do comércio mundial e de um sistema financeiro globalizado.

No entanto, uma vez que o Estado não pode deixar esses fatos, situações e conflitos sem algum tipo de controle, sob pena de pôr em risco a estabilidade do regime de acumulação e a base institucional necessária tanto ao funcionamento da economia quanto à manutenção da coesão social, ele se vê cada vez mais obrigado a recorrer a conceitos jurídicos indeterminados, a abusar dos dispositivos legais de caráter programático e a multiplicar o número de normas com textura e tipologia abertas, o que alarga a discricionariedade deixada aos intérpretes e descaracteriza os tradicionais papéis exercidos pelos princípios de direito, tanto para a resolução dos "casos difíceis" quanto para o fechamento lógico do sistema jurídico, como é ilustrado abaixo pelo Quadro 3 (Dworkin, 1991). Ou, então, a editar sucessivas normas ad hoc para casos altamente específicos e singulares e a impor regras em face das circunstâncias – em suma, a tomar decisões jurídicas que nada mais são do que respostas pragmáticas a questões pontuais e imediatas. E quanto mais sua produção normativa caminha nessa linha, aumentando o número de textos legais com alcance bastante circunscrito no tempo e no espaço e gerando pressões disfuncionais sobre os tribunais, mais o direito positivo vai expandindo-se de maneira extremamente confusa, desordenada e contraditória por meio de regras complexas e leis inadequadas – o que pode ser ilustrado pela legislação tributária em vigor no país, cujos principais institutos, no início da atual década, desdobravam-se em mais de 25,4 mil leis, decretos ou

portarias, 55.767 artigos, 33.374 parágrafos, 23.497 incisos e 9.956 alíneas (cf. O Estado de S. Paulo, edição de 5-10-2005).

Quadro 3 FUNÇÃO E OBJETIVOS DOS PRINCÍPIOS

Função	Objetivos
Integradora	<ul style="list-style-type: none"> - propiciar resolução dos litígios não enquadráveis nas normas (<i>hard cases</i>); - orientar preenchimento de lacunas;
Interpretativa	- orientar a compreensão das normas no sentido do próprio sistema jurídico;
Diretiva	<ul style="list-style-type: none"> - apontar os rumos da ordem jurídica; - atuar como diretriz programática;
Unificadora	<ul style="list-style-type: none"> - assegurar coerência doutrinária e sistêmica à ordem jurídica; - propiciar a conjunção entre <div style="margin-left: 20px;"> <pre> graph LR R[racionalidade] --- F[formal] R --- S[substantiva] </pre> </div>

Com isso, as inúmeras microrracionalidades surgidas na dinâmica dessa caótica expansão legislativa revelam-se potencialmente conflitantes entre si, sendo, portanto, incapazes de convergir em direção a uma racionalidade macro, com unidade lógica, coerência programática e rigor conceitual. Desse modo, numa situação-limite de "hiperjuridicização" ou de "sobrejuridificação" (*Verrechtlichung*), o direito positivo já não mais consegue contar com uma hierarquia de instruções e pareceres normativos, portarias, decretos, leis e códigos minimamente articulada e com princípios integradores compatíveis entre si. Em face da sua pretensão de abarcar uma intrincada e complexa pluralidade de valores, interesses, situações, matérias e sujeitos, disciplinar comportamentos altamente particularísticos e balizar a ação de uma enorme multiplicidade de operadores e atores jurídicos, ele acaba assumindo a forma de um patchwork ou de uma bricolage de normas, procedimentos e sanções, o que compromete inteiramente sua organicidade programática, sua racionalidade sistêmica e sua força diretiva. Como consequência, o direito positivo não se limita a perder grande parte de seu potencial de efetividade. Acima de tudo, ele vê sua própria autonomia em risco.

1 A partir da década de 90, por exemplo, a antiga Comunidade Econômica Européia, hoje União Européia, passou a introduzir no ordenamento jurídico dos países-membros mais regras do que as editadas pelas autoridades nacionais. Atualmente, estima-se que apenas 20% a 25% das normas aplicáveis na França tenham sido promulgadas pelo governo francês, sem consulta a Bruxelas (Majone, 2006).

2 Na realidade, o direito marginal é um contradireito, pois sua “jurisdição” se dá em zonas marcadas por uma cultura de desagregação, banalização da violência e ausência da presença estatal, onde não há um mínimo de integração social que permita a ordem jurídica ser universalmente acatada; zonas controladas pelo crime organizado ou por grupos armados integrados por policiais militares aposentados, bombeiros e policiais civis, onde o poder público só entra para negociar acordos informais de convivência social.

3 Veja-se, por exemplo, o International Accounting Standards Board (IASB), o órgão que formula critérios técnicos padronizados, com alcance global, para o exercício da contabilidade e de auditorias. Financiado pelas maiores firmas do setor, como a PricewaterhouseCoopers, KPMG, Deloitte & Touch e Ernest & Young, o IASB estabelece critérios e padrões técnicos nem sempre transparentes, muitos dos quais são negociados com grandes bancos e grandes empresas. Na crise financeira de 2008, por exemplo, as grandes companhias européias não apenas reclamaram que as normas contábeis do IASB favoreciam as companhias concorrentes americanas, como também afirmaram que as mudanças de emergência então propostas pelo órgão, com o objetivo de permitir que as empresas contabilizem seus ativos com base em valores de mercado, tinham sido especialmente elaboradas para tentar alinhar os padrões internacionais aos das empresas americanas. “Algumas pessoas estão querendo um passe livre para fora da cadeia e uma maneira mais fácil de registrar suas posições financeiras, que não condizem com a realidade”, disse, na época, o primeiro-ministro inglês Gordon Brown, defendendo os interesses de empresas européias (Financial Times, edição de 13 de outubro de 2008). Além de serem seguidos por determinados tribunais como se fossem leis, os padrões e regras de contabilidade elaboradas pelo IASB costumam ser impostos aos países em desenvolvimento sob a forma de condições ou exigências para concessão de empréstimos, repasse de recursos e investimentos por parte de governos e organismos multilaterais.