

série **GVlaw**

## Direito e Conjuntura

---

*Autor*

José Eduardo Faria

 **Editora  
Saraiva**

 **FGV** | DIREITO GV  
• GVlaw

SOCIOLOGIA JURÍDICA

# DADOS DE COPYRIGHT

## Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [X Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

## Sobre nós:

O [X Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: [xlivros.com](http://xlivros.com) ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

***Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.***

série *GVlaw*

José Eduardo Faria

## SOCIOLOGIA JURÍDICA

Direito e Conjuntura

2ª edição  
2010

2ª tiragem  
2011





Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP  
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30  
às 19:30

E-mail [saraivajur@editorasaraiva.com.br](mailto:saraivajur@editorasaraiva.com.br)

Acesse [www.saraivajur.com.br](http://www.saraivajur.com.br)

## **FILIAIS**

### **AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE**

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

### **BAHIA/SERGIPE**

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

### **BAURU (SÃO PAULO)**

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

### **CEARÁ/PIAUI/MARANHÃO**

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 –  
Fortaleza

### **DISTRITO FEDERAL**

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax:  
(61) 3344-1709 — Brasília

### **GOIÁS/TOCANTINS**

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 –  
Goiânia

### **MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO**

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

### **MINAS GERAIS**

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

### **PARÁ/AMAPÁ**

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 –  
Belém

### **PARANÁ/SANTA CATARINA**

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

**PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS**

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

**RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)**

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

**RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO**

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

**RIO GRANDE DO SUL**

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

**SÃO PAULO**

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-13619-9

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Faria, José Eduardo

Sociologia jurídica : direito e conjuntura / José Eduardo

Faria. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2010. – (Série GVlaw)

1. Sociologia jurídica I. Título. II. Série.

09-00457 CDU-34:301

Índice para catálogo sistemático:

1. Sociologia jurídica 34:301

**Diretor editorial** Antonio Luiz de Toledo Pinto

**Diretor de produção editorial** Luiz Roberto Curia

**Editora** Manuella Santos

**Assistente editorial** Daniela Leite Silva

**Produção editorial** Ligia Alves / Clarissa Boraschi Maria

**Estagiário** Vinicius Asevedo Vieira

**Preparação de originais** Maria Lúcia de Oliveira Godoy / Evandro Lisboa Freire

**Arte e diagramação** Cristina Aparecida Agudo de Freitas / Claudirene de Moura Santos  
Silva

**Revisão de provas** Rita de Cássia Queiroz Gorgati / Adriana Barbieri de Oliveira / Amanda  
Maria de Carvalho

**Serviços editoriais** Ana Paula Mazzoco / Carla Cristina Marques / Elaine Cristina da Silva

**Data de fechamento da edição: 1º-10-2009**

**Dúvidas?**

Acesse [www.saraivajur.com.br](http://www.saraivajur.com.br)

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Aos alunos do GV*law*.

## APRESENTAÇÃO DA 2ª EDIÇÃO

O projeto de produção do material bibliográfico do Programa de Especialização e Educação Continuada em Direito *GV/law* completou dois anos em outubro de 2008. De outubro de 2006 até o final de 2008 tivemos a publicação de 16 volumes, sobre os mais diversos temas, como Responsabilidade Civil, Direito Tributário, Direito Societário, Propriedade Intelectual, Contratos, Direito Penal Econômico, Direito Administrativo, Sociologia Jurídica e Solução de Controvérsias. Além da constante publicação de novos volumes durante esse período, o sucesso de vendas das primeiras 13 obras da série foi tamanho que nos leva ao lançamento de sua segunda edição.

A produção da Série *GV/law* envolve o trabalho de diversos coordenadores e professores do programa, uma equipe que alia formação acadêmica a experiência profissional. Atualmente, contamos com um grupo de 10 pesquisadores, todos pós-graduandos em Direito, para auxílio na produção dos novos volumes e também para auxílio na atualização dos volumes já publicados.

Nesse contexto, a Série *GV/law* se consolida como um projeto inovador em nosso mercado editorial jurídico. Ligadas ao projeto pedagógico diferenciado da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, as publicações do programa *GV/law* são elaboradas a partir dos temas trabalhados nos cursos de pós-graduação *lato sensu* do programa. Busca-se, assim, produzir conhecimento útil a estudantes, advogados e demais profissionais interessados, considerando-se a necessidade de desenvolvimento de novas habilidades para responder as complexas demandas do mercado de trabalho globalizado.

A partir de 2009, metas de publicação envolvem a produção de livros para todos os nossos cursos de especialização, além da publicação de obras relacionadas aos módulos de educação continuada do programa. Dessa forma, o objetivo é dotar todos os

nossos cursos de obras de referência próprias, elaboradas pelo corpo docente do programa e ancoradas em pesquisa jurídica criteriosa, inteligente e produtiva.

O *GVlaw* espera, assim, continuar a oferecer a estudantes, advogados e demais profissionais interessados insumos que, agregados às suas práticas, possam contribuir para sua especialização, atualização e reflexão crítica.

*Leandro Silveira Pereira*  
Diretor Executivo do *GVlaw*

*Fabia Fernandes Carvalho Veçoso*  
Coordenadora de Publicações do *GVlaw*

## APRESENTAÇÃO DA 1ª EDIÇÃO

A FGV é formada por diferentes centros de ensino e pesquisa com um único objetivo: ampliar as fronteiras do conhecimento, produzir e transmitir idéias, dados e informações, de modo a contribuir para o desenvolvimento socioeconômico do país e sua inserção no cenário internacional.

Fundada em 2002, a Escola de Direito de São Paulo privilegiou um projeto diferenciado dos currículos tradicionais das faculdades de direito, com o intuito de ampliar as habilidades dos alunos para além da técnica jurídica. Trata-se de uma necessidade contemporânea para atuar em um mundo globalizado, que exige novos serviços e a interface de diversas disciplinas na resolução de problemas complexos.

Para tanto, a Escola de Direito de São Paulo optou pela dedicação do professor e do aluno em tempo integral, pela grade curricular interdisciplinar, pelas novas metodologias de ensino e pela ênfase em pesquisa e publicação. Essas são as propostas básicas indispensáveis à formação de um profissional e de uma ciência jurídica à altura das demandas contemporâneas.

No âmbito do programa de pós-graduação *lato sensu*, o *GVlaw*, programa de especialização em direito da Escola de Direito de São Paulo, tem por finalidade estender a metodologia e a proposta inovadoras da graduação para os profissionais já atuantes no mercado. Com pouco tempo de existência, a unidade já se impõe no cenário jurídico nacional através de duas dezenas de cursos de especialização, corporativos e de educação continuada. Com a presente *Série GVlaw*, o programa espera difundir seu magistério, conhecimento e suas conquistas.

Todos os livros da série são escritos por professores do *GVlaw*, profissionais de reconhecida competência acadêmica e prática, o que torna possível atender às demandas do mercado, tendo como suporte sólida fundamentação teórica.

O *GVlaw* espera, com essa iniciativa, oferecer a estudantes, advogados e demais profissionais interessados insumos que, agregados às suas práticas, possam contribuir para sua especialização, atualização e reflexão crítica.

*Leandro Silveira Pereira*  
Diretor Executivo do *GVlaw*

## PREFÁCIO

Revisado e expandido com relação à primeira edição, este livro sintetiza cinco palestras que proferi nos últimos anos em Portugal e na Espanha. A primeira ocorreu na Universidade de Coimbra, por ocasião do seminário sobre “Direito e Justiça no Século XXI” promovido pelo Centro de Estudos Sociais (CES), vinculado à Faculdade de Economia e coordenado pelos professores Boaventura de Souza Santos, Maria Manuel Leitão Marques e José Manuel Pureza. As duas palestras seguintes ocorreram em Lisboa. Uma foi realizada no colóquio sobre “Modelos e Carreiras Judiciárias”, organizado pelo Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, por convite de António Cluny. A outra foi proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, durante o “Congresso sobre a Justiça”, a convite de Luís Felgueiras. As duas últimas palestras foram dadas na Universidad de Sevilla, como parte de um seminário sobre teoria, sociologia e filosofia do direito organizado por Alfonso de Julios-Campuzano e David Sanches Rubio, e no Centro de Estudios Judiciales, em Madrid, por ocasião de um encontro extraordinário da **Magistrats Européens pour la Démocratie et Libertés** (Medel) coordenado por Miguel Carmona e com a participação, entre outros, de Perfecto Andrés Ibañez.

Nesses quatro eventos, o tema proposto foi a identificação e a análise das transformações estruturais sofridas pelo direito na passagem do século XX para o século XXI, tendo como contraponto a conjuntura econômica e política daquele momento. Esse foi o período histórico em que estabilização monetária, liberalização comercial e privatização de empresas públicas se converteram no denominador comum de reformas econômicas. Mais precisamente, esse foi o período em que a revogação das diferentes formas de protecionismo, o acirramento das disputas entre os grandes conglomerados mundiais, a concentração do poder empresarial e a sobreposição do capital financeiro sobre o capital produtivo,

exponenciados pelo desenvolvimento da ciência e da tecnologia nas áreas de microeletrônica, informação e telecomunicações, levaram à internacionalização das decisões econômicas – e, por efeito em cadeia, a uma progressiva limitação dos Estados diante da expansão das forças transnacionais, à relativização da idéia de soberania nacional, ao comprometimento do alcance e da eficácia dos tradicionais mecanismos jurídico-administrativos de controle da economia forjados pela democracia representativa, ao reordenamento das hierarquias políticas e à redução e fragmentação da esfera pública.

A conversão da inteligência e da criatividade intelectual em novas formas de propriedade privada, a intensificação das relações comerciais, a expansão do capital financeiro, a redefinição das categorias de trabalho e valor, a reorganização das formas de organização e gestão da produção, a tendência da economia de mercado à auto-regulação e o advento de complexas cadeias regulatórias envolvendo uma multiplicidade de atores e organizações constituem um dos lados desse processo. Multiplicação dos riscos de grandes catástrofes ambientais, advento de movimentos anti-sistêmicos, terror global, crises de segurança, fragilidade do setor bancário, contágio e perda de higidez do sistema financeiro, paralisações repentinas dos fluxos de capital, triunfo dos especuladores e financistas sobre produtores de longo prazo, concentração da riqueza, assimetria de poder entre o Norte e o Sul, formação de novas dependências geopolíticas, aumento dos níveis de desemprego, elevação do número de trabalhadores ocupados nos setores informais, exclusão social, ressurgimento de nacionalismo, explosão de ondas de violência, instabilidade, desordem, anomia e esvaziamento da própria noção de “direitos” constituem o outro lado.

Nesse cenário de formas novas e cada vez mais complexas de articulação entre o econômico e o não-econômico, de múltiplas esferas de autoridade e múltiplos centros de *expertise* e de crescente interdependência financeira em escala mundial, conforme se viu com a crise dos empréstimos hipotecários e seus derivativos

nos mercados financeiros dos Estados Unidos e o devastador efeito-dominó que exerceu sobre o sistema financeiro global, como integrar relações transnacionais nos marcos jurídicos convencionais das relações inter-estatais? Que tipo de categorias e procedimentos normativos desenvolver com o objetivo de criar instituições e mecanismos compensatórios que tornem a globalização econômica menos iníqua e mais eficaz? Nesse quadro de progressivo esvaziamento do protagonismo político do Estado-nação, de erosão da noção de “bem público”, de surgimento de formas transterritoriais de poder e de multiplicação de novos “atores constituintes”, entre os quais empresas mundiais, grandes fundações, institutos de fomento à pesquisa, organizações não-governamentais (ONGs), agências de classificação de risco e organismos multilaterais, como ficam as estruturas e os processos normativos? Mais precisamente, como fica a idéia de direito positivo – e, por tabela, a tradicional distinção entre direito público e direito privado? Como pode o direito positivo lidar com o estável e o indeterminado, atuando de modo padronizador em contextos complexos, ou seja, cada vez mais funcionalmente diferenciados? Nesse contexto de internacionalização dos “campos jurídicos” e de novos parâmetros nas relações entre tempo e espaço, como ficam as instituições encarregadas de aplicar uma intrincada e densa trama normativa, política e publicamente instituída? De que modo é possível examinar, à luz dos conceitos e categorias analíticas forjadas pelo tradicional modelo de “direito positivo”, o advento de novos centros de produção jurídica, a progressiva transferência da titularidade da iniciativa normativa para instâncias não-legislativas de caráter infra-estatal e supranacional e a imposição de institutos jurídicos “pós-modernos” a sociedades pouco integradas e que ainda nem sequer ingressaram na “modernidade”?

A conversão das anotações das duas primeiras palestras em um pequeno *paper*, cuja primeira versão começou a ser preparada em minha última visita ao Centro de Estudos Sociais, resultou no capítulo 2º do livro *Qual o futuro dos direitos?* escrito em colaboração com Rolf Nelson Kuntz, do Departamento de Filosofia da Faculdade

de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH) da Universidade de São Paulo, e publicado pela Editora Max Limonad. O texto também foi publicado por Alfonso de Julios-Campuzano na coletânea “Ciudadania y Derecho en la Era de Globalización”, editada pela Dykinson Editorial, de Madrid, em parceria com a junta de Andalucía. A idéia de retomar esse trabalho para desenvolver e aprofundar a discussão com base nas anotações para as três últimas palestras surgiu quando, a convite dos responsáveis pela área de ensino jurídico da Fundação Getulio Vargas, em São Paulo, passei a coordenar e ministrar no curso de pós-graduação *lato sensu* (GV/law) duas disciplinas novas, “Direito e Conjuntura” e “Agenda Contemporânea do Direito”. A recepção alcançada pelas aulas e o estímulo dos alunos acabaram levando ao presente livro.

Algumas pessoas foram decisivas para que esta empreitada fosse levada a cabo. Com a generosidade de sempre, Boaventura Santos, José Manuel Pureza, Maria Manuel Leitão Marques e Antonio Casimiro Ferreira me receberam e acolheram – mais uma vez – no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, por ocasião do seminário “Direito e Justiça no século XXI”, colocando-me à disposição uma biblioteca altamente especializada e atualizada. Vital Moreira também não mediu esforços para tornar academicamente produtiva mais essa passagem que fiz pela cidade. Em Sevilha, os professores Alfonso de Julios-Campuzano e David Sanches Rubio propiciaram a retomada de um instigante e profícuo diálogo acadêmico iniciado uma década antes, quando, graças a um honroso convite de Joaquim Herrera Cruz, fui professor visitante da Universidad Internacional de Andalucía, em 1995 e 1996, e no curso de Direitos Humanos da Universidad Pablo de Olavide, entre 2002 e 2004.

Também não poderia deixar de agradecer aos comentários, às sugestões e às críticas formuladas por Alberto Amaral Júnior, Celso Fernandes Campilongo, Ronaldo Porto Macedo Júnior, José Reinaldo de Lima Lopes, Jean Paul Cabral da Rocha Veiga, Diogo Rosenthal Coutinho, Paulo Todescan Lessa Mattos, Michelle Ratton Sanchez, Máira Rocha Machado e Marta Rodrigues Machado, meus colegas de

docência tanto na Faculdade de Direito da USP quanto na Escola de Direito da FGV (Direito GV e GV/*law*). Sou grato ainda a Luciana Reis, pelas observações que fez por ocasião das aulas de pós-graduação que dei com base na primeira edição deste livro, e a Fábria Fernandes Carvalho Veçoso, pelo apoio dado para viabilizar a segunda edição.

Por fim, manifesto minha gratidão a Emerson Ribeiro Fabiani e a Ana Mara França Machado, sem cujo apoio, colaboração e incentivo, como conselheiros, assistentes e monitores na disciplina “Direito e Conjuntura”, a publicação deste livro não teria sido possível.

*José Eduardo Faria*  
São Paulo, novembro de 2008

# SUMÁRIO

*Apresentação da 2ª edição*

*Apresentação da 1ª edição*

*Prefácio*

*1 Introdução*

*2 Mudança econômica x mudança legal: as novas fontes do pluralismo jurídico*

*3 Policentrismo x soberania: as novas ordens normativas*

*4 Desregulação e deslegalização: os impasses jurídicos do estado-nação*

*5 Os traços estruturais da nova arquitetura do direito*

*6 As novas formas e funções do direito: nove tendências*

*7 Conclusão*

*Referências*

# 1 INTRODUÇÃO

*José Eduardo Faria*

*Coordenador e professor do programa de educação continuada e especialização em Direito GVlaw; professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; foi professor visitante na Universidade de Brasília, na Universidad de Andaluzia e na Universidad Pablo Olavide (Espanha), na Università degli Studi di Lecce (Itália) e no Instituto de Investigaciones Jurídicas da Universidad Autónoma de México; mestre, doutor e livre-docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; fez o pós-doutorado na University of Wisconsin Law School, sob orientação de David Trubek; realizou estudos e pesquisas no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra e no International Institute of Sociology of Law; foi coordenador da área de ciências humanas da Fundação de Amparo à Pesquisa de São Paulo (Fapesp) e representante da área de Direito no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq); membro do comitê editorial do International Institute of Sociology of Law.*

*Globalização* é um conceito aberto e multiforme que denota a sobreposição do mundial sobre o nacional e envolve problemas e processos relativos à abertura e liberalização comerciais, à integração funcional de atividades econômicas internacionalmente dispersas, à competição interestatal por capitais voláteis e ao advento de um sistema financeiro internacional sobre o qual os governos têm uma decrescente capacidade de coordenação, controle e regulação, como foi evidenciado pela crise do mercado americano de crédito imobiliário de segunda linha, pelas perdas bilionárias das bolsas de valores e pela falência de grandes e tradicionais bancos de investimento americanos, europeus e japoneses. Nessa perspectiva, globalização é um conceito relacionado às idéias de “compressão” de tempo e espaço, de comunicação em tempo real, *on-line*, de

dissolução de fronteiras geográficas, de multilateralismo político-administrativo e de policentrismo decisório.

Por seu caráter polissêmico, globalização também costuma ser um conceito bastante impreciso – e por isso mesmo enganoso – que há duas ou três décadas tem sido recorrentemente utilizado tanto pela imprensa quanto pelo universo acadêmico para designar – como fatais ou inexoráveis – os mais variados fenômenos. Alguns deles são novos e outros são antigos. Mas todos guardam algum grau de conexão entre si, a partir do extraordinário desenvolvimento de bens e serviços de alto valor agregado em termos de conhecimento intelectual, da expansão dos processos de informatização dos sistemas de gestão e produção, da desregulamentação dos mercados financeiros e internacionalização do setor bancário, de transnacionalização dos capitais industriais e comerciais, de substituição da hierarquia pela idéia de rede como forma organizacional, da movimentação cada vez mais livre de mercadorias, serviços, tecnologia e informações, da intensificação das relações sociais e do aumento na abrangência geográfica das interações sociais localmente relevantes.

Entre os fenômenos mais conhecidos no campo *econômico* destacam-se, por exemplo, as novas formas de configuração de poder decorrentes do aumento do intercâmbio comercial em mercados inter cruzados; a internacionalização do sistema financeiro; e o surgimento de novos produtos “descolados” do sistema produtivo e “derivados” dos tradicionais títulos e ações – os chamados “derivativos”, dos quais os mais conhecidos são as “opções”, os “futuros” e os “*swaps*” (no primeiro semestre de 2008, o Bank for International Settlements estimava em US\$ 130 trilhões os ativos financeiros mundiais e em US\$ 600 trilhões o valor dos derivativos em circulação no mundo, o equivalente a cerca de dez vezes o Produto Mundial Bruto). Destaca-se, também, a universalização e acirramento da concorrência em escala planetária, o avanço da mercantilização da propriedade intelectual e do patrimônio genético constitutivo da biodiversidade, a concentração do poder empresarial e a subsequente consolidação de um sistema de corporações

mundiais cujas redes formais e informais de negócios tendem a enfraquecer progressivamente o poder dos Estados (em 2007, os investimentos estrangeiros diretos globais totalizaram US\$ 1,5 trilhão, dos quais dois terços foram utilizados em operações de fusões e incorporações de empresas fora dos países de origem das grandes corporações). Destacam-se, ainda, a mobilidade quase ilimitada alcançada pela circulação dos capitais e, acima de tudo, o crescente peso da riqueza financeira na riqueza total (entre 1980 e 2005, a proporção de ativos financeiros mundiais em relação à produção passou de 109% para 316%). E, no centro dos novos processos econômicos, além das atividades especificamente produtivas, comerciais e financeiras, surgem atividades e funções cada vez mais especializadas em matéria de seguro, de consultoria técnica e contábil, de publicidade, de desenho, de *marketing*, de relações públicas, de segurança, de *software*, de gestão de sistemas informativos e de serviços legais.

Entre os fenômenos mais conhecidos no plano *institucional* destacam-se, por exemplo, a progressiva internacionalização das decisões econômicas e a expansão de uma trama mundial de instituições estatais e privadas com autoridade pública; a subsequente dificuldade do sistema político-legislativo convencional de estabelecer regras do jogo estáveis e coerentes e o esgotamento da idéia de hierarquia como princípio ordenador da vida social; a crescente porosidade na linha de demarcação entre o Estado e a sociedade; e, por fim, o esvaziamento da idéia de território como fundamento e objeto do Estado e, por tabela, a relativização da importância das fronteiras territoriais, uma vez que as atividades sociais, produtivas, comerciais e financeiras passam a depender de pessoas, coisas e ações dispersas pelos cinco continentes. No plano político, por consequência, rompe-se a aliança histórica entre Estado nacional, sistema econômico e democracia representativa. Na medida em que a globalização econômica é assimétrica, conduz à interdependência, estimula a formação de blocos regionais e provoca uma diversificação crescente dentro de cada região, com impacto e resultados distintos, ela introduz novas lógicas espaciais e também

cria novas dinâmicas intra e inter-regionais, estimulando com isso a expansão de formas de coordenação política não-hierárquicas e com geometria variáveis.

Entre os fenômenos mais conhecidos no campo *social* destaca-se a crescente diferenciação funcional que, ao tornar mais complexas as estruturas da sociedade, corrói os princípios de representação jurídica, institucional e política de caráter universalista e unitário tão presentes no âmbito dos cursos jurídicos. No campo *cultural*, por fim, destacam-se a progressiva constituição de imaginários coletivos mundializados e a perda do monopólio da definição do sentido de vida coletiva, por parte do Estado-nação e a expansão das *fronteiras eletrônicas*. *Quanto maior é o desenvolvimento das telecomunicações, mais* indivíduos e grupos sociais multiplicam as condições de estabelecer contatos muito além das *fronteiras territoriais*, propiciando com isso novos marcos de significado, independentemente do contato direto com as pessoas. Do mesmo modo, a disseminação do correio eletrônico e o advento de comunidades virtuais no espaço cibernético permitem a estes mesmos indivíduos e grupos acessar uma gama de novas experiências sociais e culturais, o que abre caminho para a articulação de ações conjuntas entre diversos atores e instâncias, possibilitando respostas oportunas a problemas comuns. E quanto mais esse processo se aprofunda, mais ele tende a alterar as configurações de identidade, de crença, de fidelidade e de lealdade, desafiando a idéia de um mundo centrado no Estado-nação, em cujo interior os diferentes segmentos sociais compartilhariam um mesmo "ideal", pondo com isso em xeque as concepções tradicionais de cidadania.

Partindo da premissa de que a globalização é um processo multicausal, multidimensional, multitemporal e multicêntrico, que relativiza as escalas nacionais ao mesmo tempo em que amplia e intensifica as relações econômicas, sociais e políticas, este trabalho tem por objetivo mapear e descrever seu impacto sobre as formas e práticas jurídicas à luz da conjuntura econômica e política contemporâneas. Assumindo igualmente que a tipologia aqui

utilizada, além de necessitar de maior precisão conceitual, trata da interação entre direito e economia apenas em seus aspectos gerais, não dando conta de situações específicas, o que se pretende é identificar e relacionar cinco conseqüências da chamada "reeestruturação do capitalismo" propiciada pelo fenômeno da globalização, especialmente em suas feições econômicas, para verificar como ela vem afetando radicalmente a estrutura, a funcionalidade e o alcance do direito positivo. Suas normas, editadas e aplicadas no âmbito de uma realidade dominada por forças e dinâmicas globais que ultrapassam os marcos institucionais e nacionais tradicionais, vêm perdendo a capacidade de ordenar, moldar, conformar e regular a economia e de reduzir incertezas, estabilizar expectativas e gerar confiança no âmbito da sociedade. Suas leis e códigos, em face dos novos paradigmas de produção, das novas tecnologias de informação e dos novos canais de comunicação, vêm enfrentando grandes dificuldades para promover o acoplamento entre um mundo virtual emergente e as instituições do mundo real. Seus instrumentos jurídicos destinados a corrigir os desequilíbrios produzidos pelas operações de mercado, preservar a livre concorrência contra a concentração dos capitais, promover orientações sociais e assegurar a legitimidade do poder, entre outras funções, com a reordenação da riqueza já não se revelam mais eficazes. Seus mecanismos processuais também já não conseguem exercer de modo satisfatório seu papel de absorver tensões, reduzir incertezas, propiciar a gestão e a decisão de disputas e neutralizar a violência. Por fim, as próprias instituições encarregadas de aplicar o direito positivo, como é o caso do Poder Judiciário e do Ministério Público, cada vez mais se revelam incapazes de se ajustar organizacional e funcionalmente aos novos fatores, dinâmicas e circunstâncias que determinam as transformações da economia e da sociedade. Diante do número cada vez maior de sistemas de interação econômica, social e política fora do controle do Estado, constituindo uma ampla gama de centros de referência de interesses diversificados, essas instituições tendem a perder sua centralidade e, principalmente, sua exclusividade. Quanto aos operadores do direito, a crise de funcionalidade e eficácia do direito os tem levado a uma

crise de identidade profissional, uma vez que sua formação de caráter basicamente normativista e forense se revela incompatível com as novas competências e especializações propiciadas pela evolução da complexidade econômica social e política inerente ao avanço da tecnologia e da integração dos mercados.

À medida que o tradicional modelo de “direito positivo” entra em crise de identidade, funcionalidade e eficácia, acarretando com isso uma crescente erosão do rigor analítico e do potencial explicativo dos esquemas teóricos desenvolvidos com base no primado do monismo jurídico, outro modelo vai surgindo. Ainda que suas linhas arquitetônicas não estejam consolidadas e muitos de seus institutos e categorias se encontrem em fase de incubação, o novo modelo já conta com alguns contornos razoavelmente precisos. Por exemplo, ele se destaca por suas feições pluralistas, sob a forma de redes de legalidade justapostas ou paralelas, resultantes não apenas de decisões emanadas de instituições governamentais, como o Legislativo e o Executivo, mas, igualmente, de negociações e deliberações nos diferentes sistemas e subsistemas que compõem a economia e a sociedade. Trata-se de um direito cuja produção normativa cada vez mais se dá em instâncias não-legislativas, motivo pelo qual seu conteúdo normativo não é determinado apenas e tão-somente pelo Estado, porém pactuado por diferentes atores – empresas, fundações, associações comunitárias, entidades de classe, órgãos de representação corporativa e organizações não-governamentais (ONGs). Por isso, é um tipo de direito que tende a se fundamentar numa legitimidade de caráter eminentemente procedimental – portanto, uma legitimidade vinculada ao seu modo de elaboração. Desse modo, como será visto mais detalhadamente no Capítulo 4, esse tipo de direito tende a assumir a forma de um modelo “hetarárquico”, em cujo âmbito não há vértice nem centro, motivo pelo qual ninguém tem condição de pretender ser o gestor único e exclusivo de toda a sociedade, e as decisões tendem a se desdobrar numa pluralidade seqüencial de outras decisões decorrentes das primeiras ou atreladas a elas, conforme o curso dos acontecimentos.

## 2 MUDANÇA ECONÔMICA X MUDANÇA LEGAL: AS NOVAS FONTES DO PLURALISMO JURÍDICO

As cinco consequências da “reestruturação do capitalismo” aqui apresentadas com o propósito de permitir uma avaliação do impacto da globalização sobre o direito são:

- 1) a velocidade e a intensidade do desenvolvimento científico, o poder político-normativo propiciado pelas *expertises* e habilidades práticas decorrentes da expansão da tecnologia e a *comoditização* de conhecimentos especializados cada vez mais voltados a resultados de curto prazo e dividendos imediatos;
- 2) a redução da margem de autonomia dos governos nacionais na formulação, implementação e execução de políticas macroeconômicas, de um modo geral, e nas políticas monetária e cambial, de modo específico;
- 3) a crescente diferenciação da economia em sistemas e subsistemas cada vez mais especializados – um processo que se torna particularmente visível no âmbito do sistema financeiro a partir do aumento da distância entre a riqueza abstrata dos mercados de capitais e a riqueza concreta dos setores produtivos da economia real (a título de exemplo, só o montante dos *swaps* e derivativos negociados em 2006 no mercado mundial de títulos atingiu US\$ 286 trilhões, o equivalente a seis vezes o Produto Mundial Bruto);
- 4) o fenômeno da “relocalização industrial” propiciado pelo advento de técnicas mais informatizadas e flexíveis de produção, também conhecidas como técnicas *pós-fordistas*, e a tendência de crescimento do tamanho das empresas transnacionais relativamente ao peso econômico e político dos países;
- 5) o empaldecimento da idéia de Estado-nação, em decorrência de uma crescente e complexa trama de relações motivadas por

interesses distintos entre organismos multilaterais, conglomerados mundiais, centros de *expertise* e organizações não-governamentais (ONGs).

Como o que interessa é somente discutir o impacto desses fenômenos e processos à luz da conjuntura econômica e política contemporâneas, essas cinco conseqüências da “reestruturação do capitalismo” serão aqui examinadas de modo bastante esquemático. Para maior abrangência teórica e histórica da discussão, remeto o leitor a Joseph A. Schumpeter, Karl Polanyi, Immanuel Wallerstein e Giovanni Arrighi, autores de análises clássicas sobre (a) as relações entre concorrência comercial, criatividade intelectual e inovação científica, (b) sobre a alternância entre fases de recessão e fases de prosperidade, (c) sobre as desigualdades de riqueza geradas pela expansão dos fluxos comerciais internacionais e as subseqüentes formas de expansão do colonialismo europeu e do imperialismo americano e (d) sobre os desdobramentos sociais, políticos e institucionais da integração do sistema financeiro em escala mundial e as dificuldades dos mercados globalizados de se regularem por si próprios (Schumpeter, 1961; Polanyi, 2001; Wallerstein, 2000; Arrighi, 2001). O denominador comum dessas conseqüências, em termos macrossociológicos, é constituído por duas idéias-chave que, partindo do desenvolvimento capitalista como um fenômeno dinâmico, profundamente instável e dependente de inovações tecnológicas introduzidas em cadeia no sistema econômico por empreendedores criativos, serão utilizadas como fio condutor deste trabalho.

A primeira dessas idéias é de que o desenvolvimento econômico ocorre por ondas ou fases. De modo simplificado e metafórico, ele pode ser visto como uma espécie de corrida de revezamento em que o bastão é um conjunto de tecnologias e de instituições que se sucedem ao longo de ciclos históricos. Cada ciclo determina formas distintas de produção de bens e serviços, uma vez que a aplicação da inovação científica ao processo produtivo interfere na natureza do trabalho e na diferenciação dos ramos ou setores de produção e consumo. Tudo começa com a competição entre as empresas, que

precisam operar com custos menores que os da concorrência para conseguir manter posição relativa no mercado. Quanto mais acirrada se torna a disputa, para tentar manter sua posição relativa no mercado mais elas vão progressivamente reduzindo suas margens de lucro, até o ponto de encostarem ou esbarrarem nos custos fixos de produção, o que pode levá-las a uma situação de insolvência e, por conseqüência, ao desaparecimento. É a luta pela sobrevivência que as estimula a criar e inovar, levando-as a conceber produtos e serviços novos, diferenciados e qualitativamente melhores, a buscar matérias-primas inéditas, a desenvolver formas, métodos e processos mais eficientes de produção e a substituir vantagens comparativas tradicionais – como recursos naturais e mão-de-obra – por vantagens comparativas dinâmicas, como mais informação e mais densidade tecnológica.

Na dinâmica desse processo, muitas empresas assumem riscos excessivos, cometem erros graves e adotam posturas por demais ambiciosas ou imprudentes, o que as leva a uma inexorável derrocada. Outras, contudo, conseguem sair vencedoras nesse contexto de instabilidade, incertezas e indefinições inerentes ao jogo de mercado. Essas são as chamadas “firmas inovadoras”. Em termos muito esquemáticos, a inovação por elas realizada abre caminho para uma elevação do nível de investimento e propicia condições monopolistas que lhes garantem margens de lucros diferenciadas, o que, no ambiente competitivo do capitalismo, acaba compelindo as empresas concorrentes não-inovadoras a copiar ou imitar a inovação. Com isso, as forças de mercado promovem um retorno da equivalência da oferta e procura a preços estáveis, iniciando-se, então, um novo ciclo de acirradas disputas comerciais, com redução de investimentos e queda na oferta de emprego. Por erodir posições competitivas, sucatear indústrias e comprometer setores industriais inteiros, cada ciclo tende a desencadear alterações estruturais no sistema econômico. Nesse sentido, o ciclo em que nos encontramos, na primeira década do século XXI, estaria relacionado à introdução e rápida difusão da microeletrônica, das telecomunicações e da tecnologia de informação, obrigando as empresas a buscar novos

insumos, conceber novos produtos e desenvolver novos processos de produção.

A segunda idéia-chave é de que a velocidade de criação e distribuição de novos bens e serviços no mercado globalizado vem intensificando e acelerando o chamado *processo de destruição criadora*, levando a substituições cada vez mais rápidas na gama de bens e serviços existentes. “Não há razão para esperarmos um ritmo mais lento da produção em virtude do esgotamento das possibilidades tecnológicas”, dizia Schumpeter ao analisar a velocidade desse processo no século XVIII – uma afirmação que é ainda mais procedente e oportuna no começo do século XXI (Schumpeter, 1961:149). Por um lado, isso obriga as empresas a produzir bens e prestar serviços em qualquer parte do mundo, dadas as necessidades de escala compatíveis com os altos custos dos investimentos em nova tecnologia e dada a possibilidade de fragmentar ou distribuir internacionalmente as diferentes etapas produtivas, com o objetivo de reduzir os custos totais da produção. Por outro lado, o encurtamento da vida útil ou comercializável dos bens e serviços está levando as empresas mundiais a adotar estratégias especialmente concebidas para maximizar o potencial de venda em prazos cada vez mais curtos. Uma dessas estratégias é pressionar os governos para reduzir barreiras protecionistas, remover obstáculos alfandegários, estimular o intercâmbio tecnológico, uniformizar padrões contábeis, societários e legais, desenvolver novos mecanismos de solução de controvérsias e redesenhar os papéis do Estado, atribuindo-lhe como prioridade a garantia da estabilidade da ordem jurídica e a facilitação do funcionamento dos mercados.

A **primeira** das cinco conseqüências da “reestruturação do capitalismo” apontadas no início do capítulo – a intensidade do desenvolvimento científico e sua conversão em fator de produção e fonte de poder político – decorre de um paradoxo inerente ao processo de inovação tecnológica. Quanto maior é a velocidade de sua expansão, mais riscos e problemas essas inovações tendem a produzir e acarretar. Quanto maior é a diversidade dos bens e

serviços propiciada pela evolução contínua da ciência e da tecnologia e, subseqüentemente, do potencial de exploração e transformação da natureza, maior é o alcance do domínio da incerteza e maiores são as possibilidades de efeitos colaterais indesejados, de resultados não pretendidos, de conseqüências não previstas e do advento de danos ambientais sistemáticos e irreversíveis. Igualmente, maiores são as dúvidas, incertezas, perplexidades e perigos com relação aos seus efeitos e à gestão de seus desdobramentos, especialmente em matérias relativas ao bem-estar social e à segurança econômica. A título de exemplo, quanto mais a engenharia nuclear, a engenharia econômica, a biotecnologia e a biogenética avançam, maiores são os riscos de terremotos financeiros, crises de liquidez, especulações, golpes e manipulações em bolsas de valores, pânico no sistema securitário, corridas no sistema bancário e choques estruturais nos mercados de capitais, levando à inadimplência generalizada de empresas e famílias e/ou reduzindo a pó tanto o pecúlio de pequenos e médios poupadores quanto o patrimônio dos grandes investidores; de desastres genéticos, catástrofes tecnológicas, acidentes ecológicos, mudanças climáticas e degradação ambiental, penalizando comunidades inteiras e condenando ou comprometendo a qualidade de vida de gerações futuras; e de ameaças potenciais à saúde humana, como chuvas ácidas, doença da 'vacca louca', destruição da camada de ozônio e tumores malignos decorrentes da contaminação atmosférica provocada por poluição, emissão incontrolada de gases, substâncias tóxicas e incineração de resíduos industriais, radiações de urânio empobrecido e contaminação de reservas lacustres.

Como são provocados por forças transnacionais difíceis de serem identificadas, para que possam ser devidamente responsabilizadas, e uma vez que também não são controláveis pelas técnicas convencionais de prevenção e segurança, pois são resultados contingentes de decisões contingentes sobre experiências e cursos e acontecimentos igualmente contingentes, esses riscos tendem a não respeitar fronteiras, classes sociais e gerações futuras. Quem é moralmente responsável por eles? De que modo responsabilizar seus

autores no plano jurídico? A quem cabe o ônus da prova? O que pode ser considerado prova em condições de extrema incerteza? E quem, então, paga a conta dos prejuízos? Na prática, esses riscos colidem frontalmente com o próprio conceito de cidadania, que é limitado à idéia de nação – mais precisamente, de todas as pessoas que residem num dado território. E também põem em xeque as normas jurídicas e os mecanismos judiciais de imputação, culpabilidade, ressarcimento e punição forjados pelo direito positivo ao longo dos últimos 150 anos. Dada a vasta rede de centros decisórios no âmbito da economia globalizada, conforme será visto mais à frente, os diferentes danos morais e materiais causados por esses riscos dificilmente podem ser formalmente atribuídos a alguém em particular – portanto, em princípio são danos potencialmente não-indenizáveis, o que coloca as instituições jurídicas e judiciais do Estado-nação contemporâneo, do modo como foram concebidas e hoje se encontram estruturadas, com jurisdição territorialmente circunscrita, diante do desafio quase intransponível de ter de se reformular radicalmente para tentar criar alternativas institucionais, almejar oferecer respostas nacionais para questões de alcance global e conseguir neutralizar e/ou enfrentar esses problemas com um mínimo de efetividade.

A **segunda** das cinco conseqüências da “reestruturação do capitalismo” apontadas no início do capítulo é a crescente redução da margem de autonomia das políticas macroeconômicas nacionais, o subsequente esvaziamento das políticas monetárias independentes e a crescente vulnerabilidade dos países em desenvolvimento a choques externos. A maior integração financeira, exponenciada pela dolarização da economia mundial, multiplicou essa vulnerabilidade. À medida que o comércio mundial tem crescido num ritmo maior do que a produção industrial mundial, em que os mercados de insumos, bens manufaturados e serviços se integram em escala planetária e a competição global se torna cada vez mais acirrada, os agentes financeiros privados globais necessitam de uma moeda comum para facilitar as transações. Dito de outro modo, à medida que a oferta de crédito se internacionaliza, os capitais ganham maior volatilidade,

aumenta a possibilidade de disseminação de riscos sistêmicos que afetam a solidez do sistema financeiro e as incertezas com relação à liquidez minam a confiança que sustenta a estrutura dos passivos financeiros, os bancos comerciais, bancos de investimento, bancos múltiplos sem carteira comercial, caixas econômicas, cooperativas de crédito, fundos mútuos, fundos de pensão, fundos de *hedge*, fundos de participações, empresas financeiras não bancárias, sociedades de crédito imobiliário, companhias seguradoras e grandes investidores institucionais passam a recorrer a um meio de pagamento comum para facilitar transações, reduzir custos, controlar as finanças internas, evitar que problemas com câmbio comprometam competitividade e lucratividade, proteger portfólios e assegurar condições de deslocamento rápido e mudança imediata de posição dos investimentos. Pelo peso da economia norte-americana, sua moeda foi convertida nesse meio de pagamento comum. Isso é evidenciado pelo fato de mais de 60% de todos os dólares em circulação se encontrarem, atualmente, fora dos Estados Unidos (Aglietta, 1998; Farrel e Lund, 2000; Jessop, 2002 e 2003), o que de algum modo permite ao Federal Reserve, ainda que indiretamente, controlar a oferta monetária internacional.

Além dessa tendência dos agentes financeiros dos mercados globalizados de dolarizar suas atividades, deflagrando com isso um processo de harmonização internacional das distintas formas de ativos e de auferição de sua rentabilidade, muitos países – especialmente aqueles que dependem do ingresso de capitais externos para manter suas contas equilibradas – também acabam fazendo algo semelhante com sua economia, atrelando-as a moedas-chave, como o iene, o euro e, principalmente, o dólar. Conscientes de que suas respectivas moedas nacionais são menos líquidas e mais custosas do que essas moedas-chave, ao mesmo tempo em que também acabam travando o desenvolvimento dos mercados financeiros domésticos, esses países dolarizam os títulos da dívida pública, ações, *commercial papers*, debêntures, derivativos, seguros, *commodities* e imóveis. Ou, então, tendem a indexá-los a uma cesta de moedas e a acelerar a internacionalização

do sistema financeiro, como forma de atrair a poupança necessária para investimentos diretos nas áreas industrial e de infra-estrutura. Ou, ainda, a aceitar como inexorável a transnacionalização do sistema bancário doméstico (o que o leva a abrir mão das funções de administração de crédito e provedor de liquidez) e até mesmo a renunciar ao manejo das taxas de câmbio e de juros como instrumento de política econômica. Isso quando não optam por mecanismos como a *currency board*, adotando a moeda e a política monetária de economias mais fortes. Para eles, investidores externos, mais do que interesses internos, ditariam efetivamente o destino de sua economia, o que os leva a abrir mão de sua *seignorage* e a se submeter a decisões vindas de fora nessa matéria, independentemente dos custos políticos e sociais que isso possa acarretar (Stiglitz, 2001: XVI; Sassen, 2004).

Numa situação-limite, a moeda – certamente um dos mais emblemáticos e tradicionais símbolos político e econômico de soberania e nacionalidade ao longo da história moderna – acaba sendo privatizada. “Dinheiro democrático é dinheiro ruim. A década que passou presenciou a ascensão de bancos centrais independentes e a terceirização do dinheiro. Países como a Itália escaparam por pouco da falência de suas finanças públicas, entregando (o controle) de sua autoridade monetária ao *Banco Central Europeu*. Na França, onde a situação era razoavelmente menos precária, a **rendição** (o destaque é meu) não foi menos incondicional (...). Há uma mensagem para os países periféricos da Europa. O diletantismo nacional na administração da moeda é dispendioso demais, particularmente para os países pobres (...). Por que (eles) insistem em administrar seus próprios Bancos Centrais?” – indagava no final de 1999 um conhecido professor de economia do *Massachusetts Institute of Technology* (Rudiger Dornbush, **Financial Times**, edição de 29-12-1999). “A melhor opção para os países em desenvolvimento cujo objetivo é uma integração segura à globalização seria substituir suas moedas por dinheiro aceito internacionalmente: dólar ou euro (...). Os inimigos da globalização se sentirão ultrajados diante de tamanho golpe contra a ‘soberania monetária’. Mas esse conceito é

um dos mais prejudiciais dentre os fetiches relacionados à soberania que surgiram no século 20”, endossava, seis anos mais tarde, um dos diretores do conselho de Relações Internacionais (Benn Steil, **Financial Times**, edição de 22-1-2006), na seqüência de um conjunto de declarações de funcionários de agências internacionais e organismos multilaterais em favor de um trabalho massivo de “educação econômica” das elites de países asiáticos e latino-americanos, com o objetivo de levá-las a “aprender” que haveria somente um único e exclusivo caminho capaz de assegurar aos investidores que a democracia não lhes ocasionaria qualquer prejuízo (Fiori, 2002: 30).

É justamente por esse motivo que, quanto mais esses países tornam-se dependentes de ajustes estruturais e de políticas cambiais e fiscais recessivas para poder manter a inflação sob rígido controle, - conter a expansão das despesas públicas, sustentar a estabilidade monetária, garantir o equilíbrio do balanço de pagamentos, assegurar a confiança dos mercados financeiros internacionais e renegociar suas dívidas externas, maior é o número de regras sobre essas matérias emanadas de organismos multilaterais que são incorporadas pelos governos sem passar pelas arenas legislativas nacionais. Igualmente, dada a conhecida impopularidade dessas políticas, mais intensa também é a polêmica sobre quais temas e matérias – cuja discussão e deliberação costumam ser efetuadas por meio de procedimentos democráticos – deveriam ser restringidos e limitados, para não introduzirem “riscos adicionais aos negócios”. Isto quando a própria democracia, enquanto regime político-representativo (que, por definição, baseia-se no exercício do poder pela maioria e em diretrizes socialmente vinculantes emanadas das urnas), não acaba sendo encarada como uma “potencial fonte provocadora de problemas e de tensões institucionais” pelas influentes agências de avaliação de crédito e classificação de risco, das quais as mais conhecidas são a *Standard & Poor’s Rating Services*, a *Moody’s Investors Service* e a *Fitch Ratings*.

Peças fundamentais para o funcionamento de mercados financeiros competitivos e complexos em escala mundial e fontes de

balizamento e indicação para onde os capitais internacionais devem caminhar com alguma segurança, as agências de classificação de risco são empresas privadas especializadas em coletar, processar e vender informações técnicas sobre a capacidade de crédito de tomadores de empréstimos. O serviço que prestam costuma ser remunerado pelas próprias companhias que avaliam e as notas e os conceitos que atribuem seriam uma “garantia de segurança” – pretensão essa que não confirmada na crise financeira de 2008, tais os sucessivos equívocos cometidos por essas agências.

Quando a avaliação recai sobre países, as agências levam em consideração informações como taxa de crescimento do Produto Interno Bruto e da arrecadação, gastos públicos, taxa de juros, exportações, nível e perfil de endividamento e quadro político. Entre outros focos, as agências têm sua atenção voltada à avaliação da capacidade dos países por elas avaliados de pagarem suas dívidas, e o principal instrumento por elas utilizado é o chamado “*rating* de risco soberano”, a partir do qual é estabelecido um indicador de solvência – o “grau de investimento” de cada país. O *rating* influi nas taxas de juros e no custo de captação de recursos externos, tendo com isso um peso decisivo no volume de crédito e, por tabela, no montante dos investimentos e na própria taxa de crescimento de cada país. Como os países emergentes são os que oferecem juros mais altos para atrair moeda forte, pois as grandes instituições financeiras os vêem como de maior risco para suas aplicações, o “*rating* de risco soberano” torna-se estratégico para os grandes bancos e fundos de investimento. Uma vez que a rentabilidade de suas respectivas carteiras depende da distribuição de papéis seguros, mas de baixo rendimento, e outros de maior risco, porém com maior remuneração, esses bancos e fundos não podem, evidentemente, ficar fora dos mercados emergentes. Contudo, eles têm de sair desses mercados o mais rapidamente possível, ao menor sinal de inadimplência. O “risco país” tem assim uma dimensão fortemente política, pois depende da confiança que credores e investidores têm em governos dispostos a implementar e manter programas fiscais e monetários que, apesar de serem politicamente difíceis

de sustentar no plano interno, atendem aos imperativos categóricos do capital financeiro.

A importância do “*rating* de risco soberano” pode ser ilustrada pela proibição dos megafundos de pensão americanos, por expressa determinação estatutária, de adquirir títulos de países que não tenham o “grau de investimento”. Entre outros fatores, a definição desse indicador de solvência inclui um detalhado exame tanto das tendências políticas do país quanto das garantias que seus órgãos administrativos, legislativos e judiciais oferecem às diferentes formas de propriedade material e intelectual, influenciando com isso no custo de captação externa de recursos, nas taxas de juros domésticas, no nível de investimento, na composição dos capitais etc. A definição do “*rating* de risco soberano” também exige uma cuidadosa análise das condições institucionais que podem afetar a rentabilidade dos diferentes tipos de ativos. A premissa – recorrentemente afirmada pelos organismos multilaterais de crédito – é de que, “quanto maior é a *qualidade institucional*, maior a proporção de investimento estrangeiro direto e a inversão de carteira em renda variável dentro da estrutura de capital de um país, e, por conseqüência, maiores os benefícios secundários da integração financeira” (Kose, Prasad, Rogoff e Wei, 2007: 12).

Especializadas na avaliação da liquidez, solidez, capacidade de pagamento e situação operacional dos tomadores potenciais de recursos, as agências de avaliação de crédito e classificação de risco se organizam sob a forma de comitês cuja composição e cujos critérios nem sempre são claros e transparentes. O objetivo de cada um desses comitês é captar e depurar informações estratégicas para dar aos agentes econômicos privados condições de avaliar as conseqüências de cada alternativa de investimento, de fazer cálculos “prudenciais” e de tomar decisões em situações de incerteza e risco. Por isso, especialmente nos períodos eleitorais, ao analisar as possibilidades de continuidade da *performance* fiscal e das políticas macroeconômicas de determinado país, as agências avaliadoras muitas vezes chegam a advertir o mercado para os riscos inerentes à possibilidade de vitória de candidatos cujos programas de governo

propugnam medidas contrárias, por exemplo, à liberalização comercial, à abertura do mercado interno para capitais internacionais, à ausência de controle direto de preços, à adoção de políticas tarifárias realistas, à redução de gastos sociais, à privatização do setor empresarial do Estado, à revogação de monopólios públicos e a reformas regulatórias nos setores financeiro e de infra-estrutura.

Como, em princípio, a regra de maioria seria aplicável somente a questões “opinativas”, não podendo ser utilizada como alternativa ao conhecimento científico e tecnológico, no âmbito da economia é cada vez maior o número de assuntos “técnicos” subtraídos à discussão política, conforme fica sugerido nas citações acima transcritas. Em nome da estabilidade dos mercados financeiros, da promoção de práticas bancárias seguras e da “qualidade” da política-macroeconômica, por exemplo, os dirigentes governamentais justificam como simples “exigência técnica” a reivindicação de independência e autonomia absolutas nas decisões relativas a câmbio, juros e moeda – como se não houvesse alternativas políticas quanto aos *finis* de seus programas macroeconômicos, porém apenas quanto aos *meios* mais adequados para alcançá-los e/ou implementá-los. Decorre daí, numa linha não muito discrepante daquela acima expressa nas afirmações do professor do MIT (Rudiger Dornbush) e do diretor do Conselho de Relações Internacionais (Benn Steil), a tendência de alguns governos e parlamentos de vários países periféricos e semiperiféricos de “despolitizar” sua moeda, inicialmente concedendo aos Bancos Centrais ampla liberdade de controlar e regular a oferta monetária; assegurando-lhes em seguida a prerrogativa exclusiva de gerenciar os riscos sistêmicos do setor financeiro, convertendo-os em poderes dotados de grande autonomia funcional e independência administrativa e os tornando com isso imunes a supervisão e controle democráticos; e, por fim, inspirando-se nos modelos do *Federal Reserve*, nos Estados Unidos, e do antigo *Bundesbank*, na Alemanha, “blindando-os” mediante a adoção de mandatos fixos – e não coincidentes com o do presidente da República ou o do

primeiro-ministro – para seus dirigentes, sob a justificativa de que a política monetária não pode ser confiada a processos “normais” de tomada de decisões, pois exigiria uma perspectiva coerente de longo prazo para ser bem-sucedida.

Resultante de uma forma de dominação que se intensifica na medida em que a ciência cada vez mais se converte em força produtiva e a produção e disseminação de informação especializada significam poder, essa estratégia de formulação e implementação de uma política “anti-política” tem um objetivo claro e preciso: impedir que os ciclos eleitorais e maiorias transitórias ou eventuais influenciem ou condicionem a condução da economia e assegurar uma gestão continuada capaz de fixar um padrão no controle da moeda. A justificativa mais recorrente é a de que, para manter a estabilidade monetária, garantir os “fundamentos” macroeconômicos e preservar a lógica, as regras e os procedimentos do “mercado”, seria preciso dotar o Banco Central de uma autonomia institucional, organizacional e funcional que o tornasse inteiramente imune a pressões políticas, a injunções partidárias e às contingências do processo eleitoral. Nesse contexto referenciado, somente em padrões de excelência de desempenho, eficiência de mercados, remuneração de acionistas e valorização patrimonial, e em cujo âmbito quase tudo o que não é redutível ao cálculo econômico tende a ser descartado, os técnicos decidem e os leigos – os cidadãos – acatam.

Não se pode esquecer, contudo, das implicações políticas dessa estratégia, que resultam na contradição entre ideais democráticos e regimes econômicos que canonizam o processo concorrencial, onde os vencedores em princípio “levam tudo”. Se por um lado as políticas “anti-política” permitem a consecução de objetivos econômicos estabelecidos por uma razão técnica e instrumental compatível com os processos de acumulação em grande escala, por outro, na medida em que concentra poderes normativos, regulamentares e sancionatórios no âmbito de uma autoridade independente, essa “blindagem” colide com a regra de maioria que caracteriza e dá legitimidade ao próprio regime democrático, abrindo, com isso,

caminho para o chamado “paradoxo da hegemonia”. Ele surge quando há a manutenção das condições de sustentabilidade de um ambiente concentrador de renda em escala planetária, onde agentes e instituições com atuação global operam em mercados locais, maximizando lucros e amplas parcelas de mercado. “Estes agentes do novo capitalismo global convivem com realidades políticas locais e projetos específicos de natureza política e social, cuja representatividade se efetiva na expressão de partidos regionais ou orientados para ações, algumas particulares. A contradição está na convivência entre acumulação crescente por agentes transnacionais e aumento da concentração da atividade econômica, por um lado, e na representação de interesses de grupos majoritários ou minorias representativas em processos baseados em sufrágio universais estabelecidos em congressos nacionais, por outro” (Garcia Júnior, 2004; ver, também, Slaughter, 2004).

A **terceira** das cinco conseqüências da “reestruturação do capitalismo” apontadas no início do capítulo é o aumento, em progressão geométrica, do alcance e da velocidade do processo de diferenciação socioeconômica, levando à formação de esferas e níveis de ação diversificados, especializados e interdependentes. Na sociedade pós-industrial, “informacional” ou pós-nacional subjacente à economia transnacionalizada e à concorrência universalizada, cada vez mais os sistemas administrativo, técnico, educacional, científico, produtivo, comercial e financeiro (e seus principais atores corporativos, como empresas, associações e grupos de interesse) tendem a se subdividir continuamente com base em novas especializações, abrindo assim caminho para novos sistemas e subsistemas que, em sua dinâmica centrífuga, dão margem a outros sistemas igualmente especializados e autônomos no desempenho de funções e papéis determinados. Com isso, torna-se inviável hierarquizar essas funções e papéis, uma vez que nenhum sistema especializado se sobrepõe a outro, ou seja, nenhum deles é mais importante do que os demais; nenhum pode declarar sua “visão de mundo” como sendo obrigatória ou exemplar. Igualmente, torna-se difícil definir um sentido de “interesse público” e de “bem comum”, uma vez que

cada sistema autônomo só consegue ver ou formular esses dois princípios ou idéias a partir de sua perspectiva específica – o que fez com que “interesse público” e “bem comum” sejam sempre questões abertas e controvertidas. Ao atuar em áreas crescentemente específicas, cada sistema e subsistema tendem a criar suas próprias fronteiras, e a seguir uma lógica autônoma, desenvolvendo-se de acordo com seu próprio *modus operandi* em vez de se sujeitar a uma lógica externa qualquer. Mais precisamente, cada sistema e cada subsistema tendem a definir suas próprias condições de operação, produzindo suas próprias regras e procedimentos normativos, forjando suas próprias racionalidades e estabelecendo seus próprios códigos comunicativos, procurando assim neutralizar eventuais interferências de outros sistemas e subsistemas em sua configuração interna.

Essa tendência dos diferentes sistemas e subsistemas à autonomia funcional, ultrapassando as fronteiras e os vínculos das sociedades nacionais para manter uma relação de interdependência recíproca e entrelaçamento em escala global, por sua vez amplia extraordinariamente a complexidade do sistema jurídico, rompe o sentido tradicional da idéia de monopólio do exercício legítimo dos mecanismos de violência, dificulta o trabalho de produção normativa por parte dos legisladores, coloca-os diante do desafio de ter de neutralizar, por meio de regras gerais, abstratas e impessoais e de mecanismos processuais excessivamente rígidos e hierarquizados, as pressões, as tensões e os conflitos decorrentes dos vínculos pluridimensionais entre os diversos âmbitos e níveis sociais, e ainda leva toda a legislação por eles editadas a ter sua efetividade condicionada à aceitação de suas prescrições justamente pelos distintos sistemas que ela deveria disciplinar, enquadrar, regular e controlar.

Colocando-se a discussão em outros termos: se por definição a autonomia funcional significa *auto-regulação*, como seria então possível a efetividade do direito positivo enquanto regulação externa dos diferentes sistemas? No mesmo sentido, se essa tendência à auto-regulação abre caminho para uma situação-limite, em cujo

âmbito não existiria uma forma de convergência do todo e um sistema hierarquicamente superior, isto é, com poder de monitoramento, direção, subordinação e controle sobre os demais sistemas e subsistemas, que papel então esperar tanto do direito positivo quanto das instituições judiciais encarregadas de aplicá-lo? Como interpretar uma diversidade de sistemas complexos e com dinâmicas centrífugas?

A **quarta** das cinco conseqüências da “reestruturação do capitalismo” apontadas, e que foi ocasionada pela dinâmica da reorganização industrial, pela reordenação dos espaços econômicos e pelos novos padrões técnicos, gerenciais e organizacionais do capitalismo globalizado, é a fragmentação da produção. Essa conseqüência é particularmente importante porque, no âmbito da nova divisão internacional do trabalho, onde os sistemas flexíveis de automação e gestão maximizam a capacidade de articulação entre inovação científica, criatividade decisória, fluxo do processo industrial, comercialização, finanças, desenho, *marketing*, publicidade e desenvolvimento, o acirramento da competição levou empresas e conglomerados a procurarem extrair todas os proveitos possíveis da localização de suas unidades fabris, em termos de custo de mão-de-obra, preço de matérias-primas, incentivos fiscais, subvenções estatais, neutralização de pressões trabalhistas e ativismo sindical e inefetividade ou até inexistência de leis de proteção ambiental. Graças à substituição das enormes, rígidas e altamente especializadas plantas industriais de caráter *fordista-taylorista* por plantas mais leves, enxutas, multifuncionais e capazes de propiciar linhas produtivas mais diversificadas e a oferta de bens diferenciados, elas podem fragmentar e distribuir entre distintas cidades, regiões, nações e continentes as diferentes fases de fabricação e montagem de seus produtos e serviços, procurando desse modo extrair as vantagens da competitividade sistêmica a partir dos mais variados fatores. Dentre eles, destacam-se, por exemplo, custo de mão-de-obra e valor dos encargos sociais, nível de formação e qualificação de recursos humanos, baixa mobilização sindical, peso da carga tributária, menos burocracia, alcance e

eficácia da legislação de proteção ambiental, eficiência dos serviços de água, esgoto, eletricidade, gás, transportes rodoviários, ferroviários e aéreos e telecomunicações, grau de desenvolvimento tecnológico, facilidade no fornecimento de suprimentos e de matérias-primas, proximidade de fornecedores, acesso a fontes de financiamento com juros favorecidos e créditos à exportação, além de apoio político local e estabilidade institucional.

Essa facilidade de transferir ou “relocalizar” plantas industriais e unidades de trabalho intensivo conforme seus interesses estratégicos e cálculos de retorno financeiro confere, assim, a empresas mundiais e conglomerados transnacionais um extraordinário poder para barganhar – e até leiloar – o lugar de sua instalação com os distintos setores e instâncias dos poderes públicos de qualquer Estado, independentemente do continente onde esteja localizado. A economia globalizada flutua livremente em escala planetária, o que lhe permite maximizar o poder empresarial diante dos Estados, estimulando a competição entre eles e os jogando uns contra os outros, principalmente os periféricos e semi-periféricos. Países e empresas têm dimensões distintas, que são medidas em escalas próprias – os primeiros, por meio do Produto Interno Bruto (ou seja, pelo valor adicionado total gerado dentro de suas fronteiras), e os segundos, por seu faturamento. Convergindo as escalas, o levantamento promovido pela Unctad revela que entre as 100 maiores economias mundiais, em 2001, 71 eram países e 29 eram conglomerados transnacionais. Um deles, a Exxon, vinculada ao setor petrolífero, tinha um faturamento estimado em cerca de US\$ 63 bilhões, maior do que o PIB do Paquistão e pouco abaixo do PIB das Filipinas e do Chile. Outro importante conglomerado transnacional, a General Motors Co., registrou um faturamento de US\$ 168 bilhões – cerca de US\$ 9 bilhões a mais do que a soma do produto interno bruto da Guatemala, El Salvador, Honduras, Costa Rica, Nicarágua, Panamá, Equador, Peru, Bolívia, Paraguai e Uruguai (Unctad, 2004 e 2006).

Em troca de investimentos diretos, que são geradores de empregos e permitem a elevação dos níveis locais de atividade econômica dos países semiperiféricos e periféricos, essas empresas e

conglomerados não hesitam em pedir ou até exigir terrenos gratuitos para instalação de suas plantas industriais, isenções tributárias, créditos fiscais, empréstimos com juros subsidiados, infra-estrutura a custo zero, adaptação das legislações social, trabalhista, previdenciária, ambiental e urbanística às suas necessidades e interesses e um sem-número de cauções e garantias estatais, financeiras e jurídicas. Com isso, e levando-se ainda em consideração que essa busca por vantagens comparativas é incessante e depende de concessões contínuas, as disputas para atrair e/ou reter investimentos diretos muitas vezes abrem caminho para a prática dos assim chamados *eco-dumping*, *social-dumping*, *fiscal-dumping* e *business-dumping*, ganhando, assim, contornos verdadeiramente selvagens e predatórios. E isso se dá principalmente em termos de abdicação, por parte dos governos municipais, estaduais e centrais, de parcelas significativas de sua autonomia decisória e de renúncia fiscal, o que termina por favorecer a exploração da força de trabalho nas condições que mais interessam ao capital, tensionar e esgarçar laços de solidariedade e de integração nacional, romper o equilíbrio e a funcionalidade das estruturas político-administrativas de caráter federativo, levar à perda de sentido do "local" como categoria aglutinante e sobrepor o caráter acumulador e concentrador da economia globalizada à vontade política emanada das urnas, por meio do voto universal, e legitimada pela regra de maioria.

Por fim, a **quinta** e última das conseqüências da "reestruturação do capitalismo" acima apontadas é o progressivo enfraquecimento da idéia de "nação", enquanto comunidade étnica e cultural-homogênea. Se toda identidade é sempre uma construção histórica-resultante das forças sociais e políticas de cada país, qual será então o futuro das identidades nacionais nesse contexto de redução da importância das fronteiras internacionais e de desestruturação das bases territoriais da cidadania tradicional? A resposta parece evidente. Com a perda do monopólio da definição do sentido da vida coletiva pelo Estado, cada vez mais ele passa a concorrer com outros movimentos identitários, muitos deles imunes ao seu controle. Essas novas identidades, por sua vez, levam ao "problema do multicul-

turalismo” – ou seja, ao desafio da coexistência de culturas majoritárias consolidadas com culturas minoritárias autóctones. E quanto maiores são o alcance e a velocidade dos processos migratórios e das experiências de integração econômica regional protagonizadas por países com origens étnicas e religiosas distintas, língua própria, formas de expressão diferenciadas e estilos de vida específicos, maiores são as dificuldades para se assegurar um mínimo de coesão entre diferentes padrões culturais e consolidar uma política de tolerância que permita a coexistência intercultural. Nesse sentido, de que modo articular democraticamente uma sociedade multicultural? Até que ponto é possível criar um tipo e uma identidade coletiva supranacional ou pós-nacional compatíveis com uma pluralidade de identidades locais e nacionais? Por fim, como viabilizar a produção de um “direito poliétnico”?

### 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 vêm 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 Estado 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 conseqüência, 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.<sup>1</sup> 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 intercruzamento 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*.<sup>2</sup> 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 prevaletentes 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 prevaletentes 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 especializados<sup>3</sup>.

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 conseqüência, 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
<b>Integradora</b>	- propiciar resolução dos litígios não enquadráveis nas normas ( <i>hard cases</i> ); - orientar preenchimento de lacunas;
<b>Interpretativa</b>	- orientar a compreensão das normas no sentido do próprio sistema jurídico;
<b>Diretiva</b>	- apontar os rumos da ordem jurídica; - atuar como diretriz programática;
<b>Unificadora</b>	- assegurar coerência doutrinária e sistêmica à ordem jurídica; - propiciar a conjunção entre <div style="display: flex; align-items: center; margin-left: 20px;"> <span>racionalidade</span> <div style="margin-left: 10px;"> <span style="font-size: 1.2em;">{</span> <div style="display: flex; flex-direction: column; gap: 5px;"> <span>formal</span> <span>substantiva</span> </div> </div> </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 conseqüência, 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.

## 4 DESREGULAÇÃO E DESLEGALIZAÇÃO: OS IMPASSES JURÍDICOS DO ESTADO-NAÇÃO

Diante da crescente integração dos sistemas produtivo e financeiro em escala mundial, do acirramento e universalização da concorrência comercial, da multiplicação de forças econômicas transnacionais e da expansão da lógica auto-referencial dos mercados, cada qual com regulamentação, valores e prática próprias, o processo legislativo do Estado-nação e os mecanismos de controle de constitucionalidade das leis a ele associados parecem ter chegado a uma situação de esgotamento funcional ou de exaustão sistêmica.

Com o enfraquecimento das capacidades de resposta, indução, direção, monitoramento, fiscalização, controle e intervenção sobre os fluxos internacionais de capitais por parte dos bancos centrais e das autoridades monetárias, a regulação da economia passa a exigir novas concepções de política pública e, por consequência, novos instrumentos normativos. As estratégias *keynesianas* até então adotadas, voltadas à implementação de programas de pleno emprego, acordos corporativos que vinculam salário e inflação, protecionismo das indústrias nacionais, investimento na infraestrutura para ampliação da produção de bens duráveis e crescimento baseado quer na produção em massa quer no consumo em massa, são acusadas de distorcer preços, minar a competitividade das empresas e inibir a criatividade necessária ao desenvolvimento científico-tecnológico, além de provocar desequilíbrios macroeconômicos.

Com as reformas estruturais realizadas ao final do século XX e início do século XXI para acabar com os desequilíbrios macroeconômicos, transferir a oferta de bens e serviços essenciais para empresas privadas e introduzir critérios de rentabilidade na prestação desses serviços, a opção dos governos por estratégias impulsionadoras ou *schumpeterianas*, que são basicamente

orientadas ao fomento da competitividade e ao estímulo à inovação, em busca de novas tecnologias, novas formas de trabalho, novos produtos, novos modelos de negócios e novos padrões de organização e gestão, dá ensejo a novas formas de produção do direito e a um novo regime jurídico (Quadro 4). À medida que a ênfase à competitividade e à flexibilização do trabalho exigem regras concorrenciais mais eficazes e estimulam a formação de sistemas locais de pesquisa e inovação tecnológica, as esferas mais descentralizadas de poder contam com maior capacidade operacional para implementar políticas industriais e as chamadas políticas “pró-trabalho”. Dito de outro modo, os novos atributos e funções do Estado *schumpeteriano* não podem ser executados por uma estrutura de poder centralizada, com a concentração de capacidades operacionais típicas do Estado *keynesiano*.

Na seqüência dessas mudanças, a progressiva autonomia de setores econômicos funcionalmente diferenciados, a interpenetração da política internacional com as políticas nacionais, a erosão das fronteiras entre setor público e setor privado e a crescente porosidade entre os interesses empresariais e os poderes locais, regionais, nacionais e supranacionais culminam por entreabrir a situação-limite em que o Estado-nação se defronta no início do século XXI (Willke, 1986 e 2007; Teubner, 1987 e 2000; Held, 1997 e 2004; Ladeur, 1999; Jessop, 2002 e 2003; Sand, 2000 e 2004; Beriain, 2000; Innerarity, 2002; Picciotto, 2007). E ela se expressa na forma de um impasse, que tende (a) a ser tanto maior quanto mais periférico ou semiperiférico foi o Estado-nação no contexto mundial e (b) a reduzir a intervenção governamental justamente nos países onde ela é de fundamental importância para corrigir desigualdades sociais, regionais e setoriais, dar um mínimo de proteção aos setores mais carentes da população e assegurar as condições de infra-estrutura necessárias ao crescimento.

#### **Quadro 4**

#### **AS TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO CONTEMPORÂNEO**

Estado Keynesiano ( <i>"national Welfare State"</i> )	Estado Schumpeteriano ( <i>"workfare post-national State"</i> )
<ul style="list-style-type: none"> <li>— Planejamento, regulação, estímulo e proteção.</li> <li>— Políticas de pleno emprego e de bem-estar.</li> <li>— Financiamento previdenciário intergerencial.</li> <li>— Proteção da indústria nacional e integração social.</li> <li>— Governo e hierarquia: soluções políticas.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Abertura econômica, inovação e competitividade.</li> <li>— Equilíbrio orçamentário e responsabilidade fiscal.</li> <li>— Autofinanciamento previdenciário.</li> <li>— Desestatização, desregulação e integração econômica.</li> <li>— Governança e heterarquia: mercado.</li> </ul>

**Fonte:** adaptado de Jessop (2003).

Nessa situação-limite, o Estado já não consegue mais regular a sociedade, gerir a economia e compatibilizar as lógicas tão díspares e não lineares dos mercados e da vida comunitária exclusivamente por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais e de suas soluções padronizadoras, concebidas em termos rigidamente dicotômicos ou binários (ex.: constitucional vs. inconstitucional, legal vs. ilegal, lícito vs. ilícito, facultativo vs. obrigatório, permitido vs. proibido, público vs. privado, estatal vs. social, individual vs. coletivo, justiça comutativa vs. justiça distributiva, justiça formal vs. justiça material etc.). A uniformidade dos comportamentos pretendida por esse modelo de direito se revela inadequada à diversidade de situações, e a estabilidade dos mecanismos jurídicos se torna obsoleta diante do novo. Com as intrincadas tramas e os densos entrelaçamentos promovidos pelos diferentes setores socioeconômicos no âmbito dos mercados transnacionalizados, além do advento de matérias e situações novas e não padronizáveis pelos paradigmas jurídicos vigentes, o alcance do direito positivo tende a ser cada vez mais reduzido e a eficácia de suas normas a ficar cada vez mais frágil, limitada e volátil, como tem sido evidenciado, por

exemplo, por sua incapacidade cada vez mais flagrante de limitar o uso da internet e regulamentar a comunicação virtual, que constituem um espaço essencialmente não-estatal e transterritorial.

Como conseqüência, suas instituições judiciais revelam-se cada vez mais superadas, em termos burocráticos, organizacionais e administrativos, e incapazes de decidir de modo minimamente coerente, uniforme e previsível, no plano funcional. O resultado inevitável acaba sendo o aumento dos níveis de incerteza jurídica, o que introduz fatores adicionais de risco nos negócios, aumenta os *spreads* bancários, encarece o custo do dinheiro, quer para os agentes econômicos, quer para os consumidores, e desestimula as aplicações não-especulativas e os investimentos de médio e longo prazos. E é justamente essa “incerteza jurisdicional” que leva os organismos multilaterais, que nos anos 80 tanto enfatizaram a supremacia do mercado, a afirmar, nas décadas seguintes, que Estados capazes de estabilizar e garantir expectativas normativas, assegurando o cumprimento dos contratos, protegendo a propriedade privada, estabelecendo regras precisas para sua transferência, resguardando juridicamente os créditos e fixando procedimentos objetivos e rápidos para sua cobrança, “constituem elementos-chave em qualquer esforço bem-sucedido para construir novas economias de mercado” (Banco Mundial, 1994, 1997 e 2001; Trachtman, 2004).

Sem condições de assegurar uma eficaz regulação direta e uma intervenção centralizadora das situações sociais e das atividades econômicas, pressionado por crises fiscais sucessivas e com sua ação comprometida pela ineficiência e pelas disfuncionalidades das estruturas públicas, o Estado, nas décadas finais do século XX, passa a agir pragmaticamente. Ou seja, ele vai substituindo as tradicionais normas abstratas, gerais e impessoais por normas cada vez mais particularizantes, específicas e “finalísticas” – aquelas editadas com base em critérios determinantes e propósitos de natureza basicamente material, sejam eles econômicos, financeiros, políticos, sociais etc. O resultado inevitável é a perda progressiva do controle, tanto da coerência lógica quanto da racionalidade sistêmica de suas

próprias leis. E como também é desafiado pela multiplicação das fontes materiais de direito, de tal modo que seu ordenamento jurídico é submetido a uma competição com outros ordenamentos normativos paraestatais, de alcance infra, inter ou supranacionais, ele inexoravelmente acaba atingindo os limites de sua soberania *real* ou *substantiva*, ainda que preserve a soberania *formal*, exaurindo assim o paradigma jurídico em torno do qual estruturou suas instituições e procedimentos judiciais.

Essa é a “ironia do Estado”, ou seja, a consciência de que já não pode controlar, produzir e dominar o que fazia até então de modo incontrastável. A ironia aparece quando a pretensão de exclusividade e universalidade do poder é substituída por atitudes pragmaticamente mais contidas – atitudes essas expressas não pela presunção de constituir a última instância das decisões políticas e jurídicas, mas de ser uma voz a mais no concerto social. Num contexto em que nenhum sistema – inclusive o normativo – tem isoladamente força e competência para se impor, legisladores e operadores do direito passam a reagir de duas maneiras com relação ao impasse apontado no parágrafo anterior. A primeira reação é de caráter pontual e envolve a adoção de um certo distanciamento com relação aos códigos, leis e normas desprovidas da necessária base material social ou econômica para serem eficazes, deixando-se simplesmente de aplicá-las em determinados casos ou, então, aplicando-as de modo seletivo em outros, conforme as circunstâncias. Trata-se de uma iniciativa basicamente informal que, na sua dinâmica, acaba endossando iniciativas e decisões contraditórias dos diferentes órgãos governamentais e que tem feições sempre instáveis, pois depende de circunstâncias impossíveis de serem reproduzidas ao longo do tempo de modo duradouro e inalterável (Santos: 1996). A segunda reação é bem mais ambiciosa do que a primeira e envolve duas estratégias complementares. Uma delas é definida pelos juristas como processo de *desjuridificação*. A outra é por eles chamada de *procedimentalização* do direito.

A primeira estratégia exige uma ampla revisão da política legislativa e uma redefinição das fontes de direito, pois implica um

drástico enxugamento do ordenamento jurídico e o subsequente estímulo à sociedade para que desenvolva formas e mecanismos de auto-regulação de seus interesses. Em outras palavras, embora à primeira vista conserve poder suficiente para impor as chamadas “regras do jogo” aos diferentes atores sociais, o Estado, à medida que se conscientiza de que os diversos sistemas funcionalmente diferenciados não conseguem funcionar uns sem os outros e de que as relações reticulares são mais importantes do que as hierárquicas, tende a abrir mão de parte de suas responsabilidades regulatórias. Com isso, ele vai deixando de tutelar determinados comportamentos e situações, passando a fomentar a autocomposição de interesses e a auto-resolução de litígios, por parte dos diferentes setores sociais. A segunda estratégia consiste em propiciar aos diferentes atores sociais condições para que possam discutir entre si e definir de modo consensual o conteúdo das normas.

Nos dois casos, o objetivo é desvincular o Estado de suas funções controladoras, reguladoras, diretoras e planejadoras no âmbito da economia, levando-o a se render ao pluralismo jurídico e à substituição da tradicional rigidez hierárquica dos códigos e das leis pela diversidade e pela flexibilidade normativa. A *desjuridificação* se dá por meio de um processo de deslegalização e desconstitucionalização de direitos e de criação de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, que costuma ocorrer paralelamente à ruptura dos monopólios estatais, à alienação de empresas públicas, à privatização de serviços essenciais, à entrega de redes sociais de proteção e demais instituições de bem-estar coletivo ao chamado “terceiro setor” ou “voluntariado”, à abdicação do poder de regulação ou interferência na fixação de preços, salários e condições de trabalho por parte do poder público.

Já na *procedimentalização* do direito, o Estado deixa de decidir o conteúdo das leis, limitando-se a estabelecer procedimentos para que os diferentes setores sociais possam negociar as alternativas normativas mais adequadas aos seus respectivos interesses. Procedimentos são “instrumentos para a ação”, que fomentam a cooperação continuada entre os diferentes atores sociais. Eles

estimulam o potencial de auto-organização e auto-regulação de indivíduos e corporações por meio da manutenção e promoção de espaços livres para ações privadas autônomas, das quais emergem novas possibilidades de ações e relações privadas. E as que se revelam mais eficientes estabilizam-se e servem como marco ou referência para futuras ações (Ladeur, 1999). Nesse sentido, ao garantir expectativas sem fixar o conteúdo material ou substantivo deles, os procedimentos geram padrões estáveis e esperados de relações sociais, criando assim condições para a continuidade das relações entre os diferentes atores sociais, balizando-os e orientando-os em contextos de incerteza. O único compromisso efetivamente substantivo ou material do direito, nessa perspectiva, é assegurar e manter a liberdade de ação, ou seja, a liberdade para procurar e experimentar novas alternativas e opções. Em vez de impor regras que comandam fins substantivos a serem compulsoriamente atingidos, a *procedimentalização* é apenas uma técnica pela qual esses fins são induzidos; os fins substantivos não desaparecem – os meios de atingi-los é que mudam. Dito de outro modo, em vez de tomar decisões unilaterais e de impô-las imperativamente a cidadãos, empresas, associações comunitárias e movimentos sociais, o legislador opta por uma criação negociada do direito, com base na correlação de forças em vigor. No limite, e numa perspectiva crítica, essa estratégia configuraria uma forma de “rendição” do poder público, na medida em que, ao beneficiar grupos econômicos, sociais e políticos com poder de voz, capacidade de mobilização e poder de veto, ela conduz à privatização da produção do conteúdo do direito. Graças a essa estratégia, conglomerados empresariais, entidades de classe, órgãos de representação corporativa e organizações não-governamentais podem multiplicar seu poder político, convertendo-o em poder normativo sem precisar obrigatoriamente passar pelos filtros democráticos tradicionais.

Basicamente, o que tem estimulado a proliferação das estratégias de *desjuridificação* e *procedimentalização* do direito é uma espécie de cálculo de custo/benefício por parte de governantes e legislado-

res. Por um lado, eles se conscientizaram de que, ao tentar usar o direito positivo como instrumento de planejamento e direção econômica, terminam abarcando as mais diversas matérias, indo muito além do que a lógica e a racionalidade jurídicas permitem. Por outro, com mecanismos normativos excessivamente simples para lidar com questões cada vez mais sofisticadas e sem ter como ampliar, quer a complexidade estrutural de seu ordenamento jurídico, quer a complexidade organizacional de seu aparato judicial ao nível equivalente de complexidade e diferenciação funcional dos diferentes sistemas socioeconômicos, dirigentes e legisladores são estimulados a optar pelo pragmatismo. Afinal, se quanto mais tentam controlar, disciplinar, regular e intervir, menos conseguem ser eficazes, menos conseguem obter resultados satisfatórios, menos conseguem manter a coerência lógica e menos conseguem assegurar tanto a organicidade de seu direito positivo quanto a efetividade de suas instituições judiciais, não lhes resta outro caminho para preservar sua autoridade funcional: quanto menos procurarem controlar, disciplinar, regular e intervir, limitando-se apenas e tão-somente a assegurar o cumprimento dos contratos, a garantir o respeito à propriedade privada, a reprimir a violência, a impor a segurança pública e a viabilizar a coexistência dos vários agentes livres, menor será o risco de acabarem desmoralizados pela inefetividade de seu instrumental regulatório e de seus mecanismos de controle.

As conseqüências das duas estratégias acima mencionadas não são apenas problemáticas e contraditórias. Acima de tudo, elas têm sido paradoxais.

Por um lado, a avassaladora desregulamentação efetuada em alguns setores – como nos planos industrial, comercial, financeiro, social, trabalhista, sindical, previdenciário e educacional, por exemplo – tem sido promovida paralelamente ao veloz aumento da regulamentação e alargamento de prerrogativas em outros – como é, basicamente, o caso das esferas penal, ambiental e sanitária, conforme será visto mais à frente. Além disso, muitas vezes os Estados recorrem à desregulamentação para tentar enfrentar

problemas que não conseguem equacionar ou decidir por meio dos tradicionais instrumentos de coordenação imperativa. Outras vezes os projetos de desregulamentação exigem, enquanto condição básica de sua implementação e execução, maior intervenção administrativa e uma produção normativa prolífica, específica e altamente minudente, mediante a concentração decisória no âmbito do Executivo e a subsequente redução da capacidade legislativa do Congresso. Paradoxalmente, como se vê, a desregulamentação tem, ela própria, de ser legalmente regulamentada. Com isso, o Estado acaba sendo obrigado a fortalecer seus instrumentos de gestão para reduzir o tamanho de sua máquina; a concentrar poder para delegar autoridade e a implementar uma estratégia de “desconstrução institucional”; a forjar um processo decisório fechado e excludente para assegurar o privilegiamento da economia de mercado como disciplina condicionadora das políticas públicas – enfim, o Estado acaba sendo compelido a intervir para poder deixar de intervir (Santos, 1996 e 2001; Diniz, 2000; e Michaels, 2005).

Por outro lado, como essas estratégias de deslegalização e desconstitucionalização interferem em atos juridicamente perfeitos, revogam normas constitucionais classificadas como “cláusulas pétreas” e alteram drasticamente as condições de execução de contratos concebidos e assinados com base nos códigos e leis até então vigentes, elas acabam induzindo cidadãos e empresas a bater nas portas dos tribunais para tentar preservar direitos adquiridos e manter os compromissos que haviam formalmente assumido. O problema é que, embora sejam independentes para decidir, muitas vezes as instituições judiciais não têm a força e os instrumentos necessários para obrigar o Executivo a acatar suas sentenças. E, nos casos em que eventualmente podem fazê-lo, quanto mais acolhem as pretensões dos demandantes, mais elas passam a ser acusadas de exorbitar de suas funções e invadir as áreas de competência de outros poderes, agravando o desequilíbrio fiscal, pondo em risco a estabilidade monetária, comprometendo os “fundamentos da economia” e provocando, com isso, o chamado fenômeno da “tribunalização” da política ou “judicialização” da administração pública (Santos,

Marques, Pedrosa e Ferreira, 1996; Tate e Vallinder, 1997; Campilongo, 2001; e Ferreira, 2005).

Como essa busca da proteção judicial conduz a uma verdadeira corrida a todos os setores e instâncias do Judiciário, por parte da sociedade, e a instituição não está preparada para dar conta dessa avalanche de novos processos, em termos organizacionais, operacionais e financeiros, quanto mais cidadãos e empresas a procuram, mais ela revela dificuldades para cumprir suas três funções básicas: (a) a função *instrumental*, de dirimir litígios, neutralizar conflitos e manter as estruturas sociais sob controle; (b) a função *institucional*, de reforço da legitimação e eficácia do sistema político; e (c) a função *simbólica*, de efetivação das orientações sociais, por meio de decisões exemplares e de uma jurisprudência clara e uniforme. Por fim, constituindo um círculo vicioso e esquizofrênico, quanto mais o Executivo reage às sentenças do Judiciário que lhe são contrárias, seja negando recursos orçamentários e/ou ameaçando impor um “controle externo”, seja editando medidas destinadas a restringir o acesso de cidadãos e empresas aos tribunais, seja impondo inovações processuais arbitrárias com o objetivo de acabar com o duplo grau de jurisdição, esvaziar as primeiras instâncias e concentrar as decisões nas instâncias superiores, como a “súmula vinculante” e o “incidente de constitucionalidade”, mais ele multiplica o número de novas ações contra suas decisões. E, com isso, paradoxalmente aprofunda ainda mais a “judicialização” da administração pública e a “tribunalização” da política.

Mas não é só. Longe de conduzir a um vazio jurídico ou a um vácuo normativo, esse amplo processo de desformalização, deslegalização e desconstitucionalização também abre caminho para uma intrincada articulação de sistemas e subsistemas socioeconômicos internos e externos – e, por tabela, para a coexistência de padrões de regulação e normatividade.<sup>1</sup> Nesse sentido, uma parte significativa do direito positivo do Estado – principalmente aquele que já conta com um certo grau de integração econômica com outros Estados – vem sendo submetida a processos de *convergência* e *harmonização legislativa*, em cujo âmbito os interesses regionais

ou “comunitários” cada vez mais se sobrepõem aos interesses nacionais. Outra parte vem sendo “internacionalizada” pela expansão da normatividade auto-produzida pelos conglomerados empresariais e pelo sistema financeiro e por suas relações intersticiais com as inúmeras regras e procedimentos emanados dos diferentes organismos multilaterais. E uma terceira parte, não menos significativa, por sua vez, vem sendo minada pela força constitutiva de determinadas situações criadas pelos detentores do poder econômico e pelas novas fontes de autoridade a ele vinculadas, o que leva ao crescimento, em progressão geométrica, do número de normas paralelas, nos planos supra e infranacional, à medida que cada corporação empresarial e as cadeias produtivas em que estão inseridas tendem a criar as regras e os procedimentos de que precisam e a *jurisdicizar* ou *juridificar*, segundo seus interesses e conveniências, as respectivas áreas e espaços de atuação.

Essa é mais uma das facetas paradoxais da metamorfose que o Estado e suas instituições jurídicas vêm sofrendo ao longo das últimas décadas. Desregulamentação e deslegalização não significam menos direito. Significam, isto sim, menos *direito positivo* e menos mediação das instituições políticas na produção de regras, em benefício de uma normatividade emanada de diferentes formas de contrato e da tendência dos diferentes setores da vida social e econômica à auto-regulação e auto-composição de conflitos. Desregulamentação e deslegalização, no âmbito do Estado-nação, nada mais são do que outro modo – bem mais amplo, difuso e sofisticado – de regulamentação e legalização em âmbitos não-estatais. Em termos concretos, trata-se de uma *re-regulamentação* e de uma *relegalização* que ocorrem tanto no âmbito de organismos inter e supra-nacionais, com princípios, valores, lógicas, práticas, procedimentos deliberativos e velocidades decisórias distintos dos órgãos e procedimentos legislativos dos Estados, quanto no interior dos próprios sistemas e subsistemas socioeconômicos – mais precisamente, no âmbito das organizações empresariais e dos conglomerados capazes de efetuar investimentos produtivos, assegurar acesso a tecnologia de ponta, construir canais de

distribuição, universalizar a oferta de serviços essenciais, criar novos empregos, gerar receita tributária etc. (Chevalier, 1987 e 2005; Santos, 1994, 1995, 1996 e 2001; Stiglitz, 2001; Innerarity, 2002; Jessop, 2002 e 2003; e Picciotto, 2007).

1 Em termos muito esquemáticos, a literatura identifica três “tipos ideais” de coexistência de padrões de regulação e normatividade. O primeiro é a *complementaridade* – quando todos esses padrões operam ao mesmo tempo a partir de objetivos comuns; o segundo é a *rivalidade* – quando as novas formas de regulação e normatividade desempenham as mesmas tarefas, competindo entre si para deter o controle do processo; o terceiro é a *hibridez* – quando os antigos e novos padrões de regulação e normatividade não apenas agem de modo complementar como também tendem a convergir e se integrar (Trubek, Cottrell e Nance, 2005; e Trubek e Trubek, 2007).

## 5 OS TRAÇOS ESTRUTURAIS DA NOVA ARQUITETURA DO DIREITO

Nesse cenário aqui esboçado em termos muito esquemáticos, e em cujo âmbito as fronteiras do universo econômico são erodidas por uma lógica funcional estruturalmente distinta da do Estado-nação, o que resta do modelo de direito positivo forjado com base nos princípios da sistematicidade e coerência lógico-formal? Se os mercados de insumos, bens, serviços e capitais são integrados em escala planetária, enquanto a autonomia política e a capacidade de ação dos governos continuam definidas basicamente por seu caráter nacional, o que sobra então do direito positivo concebido e desenvolvido com base nos princípios da previsibilidade, da certeza e da segurança?

Após os conhecidos processos de “publicização do direito privado” e subsequente “administrativização do direito público” ocorridos no âmbito do *Welfare State* entre o final dos anos 40 e início dos anos 70, o que se tem a partir das décadas de 80 e 90 é um ordenamento jurídico à primeira vista cada vez mais fragmentado – ou seja, sem unidade lógica, sem coerência programática e sem rigor conceitual. Portanto, um ordenamento incapaz de abarcar as incertezas do sistema social, de conter e prover a solução de todos os problemas jurídicos, de filtrar, absorver e regular novos tipos de conflito, de assegurar calculabilidade e previsibilidade das condutas sociais e de dar conta da emergência de novas categorias de atores econômicos, sociais e políticos, que abalaram o monopólio que os Estados detinham, quer em relações locais, quer em relações internacionais.

Na medida em que muitos desses problemas são equacionados por normatividades paralelas ou justapostas, pois uma parte significativa das atividades econômicas transnacionais fica fora do alcance dos tradicionais instrumentos de controle e gestão do Estado-nação, o ordenamento jurídico estatal tende a perder sua centralidade e, acima de tudo, sua exclusividade. Ainda que continue

permanecendo como referência básica para os cidadãos comuns, na prática ele passa a sofrer a concorrência de outras orientações, identidades, determinações e formas de gestão. Com isso, deixa de ser o eixo de um sistema normativo único, com feições basicamente piramidais e assentado num conjunto hierarquizado de regras subordinantes (*top-down control*), para se tornar parte de um polissistema (*multi-level system*), com suas formas e categorias públicas, privadas e híbridas; ao mesmo tempo, deixa também de ser a fonte de legitimidade de uma ordem jurídica auto-centrada nos estritos limites de um território (Canotilho, 1998 e 2006-b; Moreira, 2001; Sand, 2002 e 2004; Sassen, 2004; e Picciotto, 2007) e passa a abrir-se progressivamente a normas oriundas de organismos multilaterais, de centros regionais e de poderes locais, bem como de agentes de mercado que, valendo-se de seu poder econômico e financeiro, transformam faticidade em normatividade e disputam com o Estado o monopólio da produção do direito (Santos, 1996, 1999 e 2001).

A exemplo do próprio Estado-nação, que nesse cenário vai deixando de ser um ator exclusivo e privilegiado para se converter num marco a mais entre tantos outros nas negociações econômicas, políticas e sociais, e cujo poder real em muitos casos só lhe permite adequar-se a um quadro que em muito o transcende, esse ordenamento é constituído como mais um sistema normativo, entre vários outros igualmente válidos. Do ponto de vista de sua arquitetura interior, esse ordenamento se destaca por sua legislação basicamente “descodificada”, formada pela multiplicação desenfreada de leis especiais sobre matérias cada vez mais técnicas e específicas nos planos cível, societário, falimentar, econômico, tributário, fiscal, administrativo, previdenciário, sindical, trabalhista, de segurança social, penal, ambiental etc. Expressando-se sob a forma de uma combinatória de normas de organização, normas de conduta, normas programáticas ou principiológicas, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, essas leis especiais, intercruzando-se continuamente, terminam produzindo inúmeros microssistemas e distintas cadeias normativas no âmbito do direito positivo.

Assumindo assim a forma de redes, esses inúmeros microssistemas legais e essas distintas cadeias normativas se caracterizam pela extrema multiplicidade, variedade e heterogeneidade de suas regras e de seus mecanismos processuais; pela evidente provisoriedade e mutabilidade de suas engrenagens normativas, uma vez que as regras já não são mais relativamente estáveis, modificando-se no curso da partida; pela tentativa de acolhimento de uma pluralidade de pretensões contraditórias e, na maioria das vezes, excludentes; pela geração de conflitos e discussões extremamente complexas, em matéria de hermenêutica, exigindo dos operadores e dos intérpretes conhecimentos especializados não apenas no âmbito do direito positivo, mas, igualmente, nos planos da macroeconomia, da engenharia financeira, da contabilidade, das técnicas de auditoria e *compliance*, das ciências atuariais, da tecnologia de comunicações, da informática, da análise de risco sistêmico etc.

Num ordenamento jurídico com essas características, por isso mesmo, e levando-se também em conta que os temas e marcos das políticas públicas hoje tendem cada vez mais a ser ditados pelos mercados globais, de tal modo que a busca do "bem público" torna-se sinônimo de promover a adaptação a esses objetivos privados (Held, 1997; Held e MacGrew, 2000; e Habermas, 2001), conceitos tradicionais como os de "bem comum", de "interesses gerais e universais" e de "fim social" das leis já não conseguem mais exercer o papel de "princípios totalizadores" destinados a articular, integrar e harmonizar interesses específicos em comunidades pluralistas, mas socialmente divididas. Por causa de seu forte potencial comunicativo e persuasivo, esses conceitos podem até continuar sendo preservados, simbólica e retoricamente, nos textos legais, sobrevivendo assim aos avassaladores processos de flexibilização, desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização atualmente em curso. No entanto, seja por razões formais, seja por razões substantivas, elas já não têm mais o mesmo peso ideológico e funcional detido à época do advento do Estado constitucional, da

democracia representativa, das modernas declarações de direitos e das redes jurídicas de proteção social.

Que futuro poderá ter esse tipo de ordenamento jurídico? O que esperar das instituições encarregadas de pô-lo em prática e de aplicá-lo? E por que motivo algumas delas vêm agindo com o deliberado objetivo de ultrapassar os limites estritos de suas respectivas jurisdições territoriais, simplificando a linguagem dos acórdãos para torná-los mais compreensíveis na leitura dos não-iniciados, traduzindo para o inglês as decisões mais importantes e colocando-as em seus *sites* na internet, como é o caso do Supremo Tribunal de Justiça francês e do Supremo Tribunal israelense? Se levarmos em conta que as duas ou três últimas décadas registraram mudanças intensas, profundas e radicais na concepção arquitetônica dos sistemas legais, na quantidade e na complexidade das regulações normativas, na natureza e no alcance dos conflitos socioeconômicos, no conteúdo e nos objetivos dos códigos, leis e mecanismos processuais, nas práticas, valores profissionais e estruturas organizacionais dos grandes escritórios de advocacia, no volume de informações especializadas sobre o direito e na velocidade de sua circulação e, por fim, nas próprias categorias epistemológicas das diferentes teorias jurídicas, seria irresponsável tentar oferecer uma resposta objetiva, clara e precisa para essa indagação. Partindo dessas mudanças à luz da desnacionalização das decisões econômicas, da “desestatização” do sistema político e da internacionalização dos campos jurídicos, o que aqui se pode fazer, e assim mesmo com a devida prudência, chamando a atenção do leitor para os riscos inerentes a uma discussão muito resumida ou sintética de processos parciais e fragmentários, é identificar nove importantes tendências e, por fim, levantar um problema.

## 6 AS NOVAS FORMAS E FUNÇÕES DO DIREITO: NOVE TENDÊNCIAS

A **primeira tendência** é de alargamento e desformalização nos tradicionais procedimentos de elaboração legislativa, especialmente nas questões mais técnicas, de caráter interdisciplinar e situadas nas fronteiras do conhecimento, ou seja, de abertura de espaço para que setores interessados possam intervir na elaboração de decisões normativas que lhes dizem respeito. Quanto maiores são a complexidade e os riscos das matérias a serem convertidas em leis, menos as instituições políticas formalmente encarregadas de concebê-las sob a forma de projetos, de votá-las e de sancioná-las manifestam-se dispostas a assumir, no exercício de suas prerrogativas funcionais, a responsabilidade exclusiva por elas.

Isso tem ficado particularmente evidente na biociência, na biotecnologia, na biomedicina e em energia nuclear, em cujo âmbito os poderes Executivo e Legislativo cada vez mais procuram dividir ou partilhar essa responsabilidade, por meio de sistemas de consultas públicas, painéis de discussão, entendimento com setores sociais interessados, colaboração com comunidades profissionais estruturadas, assessoria de centros de pesquisa, diálogo com instituições universitárias de elite e pedidos de relatórios técnicos e pareceres a cientistas, peritos e especialistas das mais diferentes áreas do conhecimento – enfim, o que os analistas de viés funcionalista chamam de “comunidades epistêmicas”. No caso específico das instituições judiciais, esse processo se dá pela crescente presença, nos julgamentos, de atores *a priori* estranhos ao direito, mas familiarizados com sua linguagem. Trata-se dos *amici curiae*, os “amigos do tribunal”, que não são partes constitutivas de uma causa, mas que se empenham para exprimir seu ponto de vista com o objetivo de defender interesses mais gerais. Admitido originariamente nos tribunais americanos, em princípio esse tipo de intervenção tem por objetivo dar voz a grupos ou forças políticas

cuja importância não se determina de forma aritmética (caso da representação eleitoral, por exemplo), nem por meio da demonstração de força nas ruas e praças. No entanto, e isso já foi entreaberto no capítulo anterior, até que ponto esses mesmos especialistas, peritos e “autoridades científicas” não podem aproveitar-se da assimetria de informações em suas áreas de atuação para manipular, ocultar, justificar e/ou desqualificar, com argumentos pretensamente técnicos, decisões não-técnicas, juízos de valor e preferências políticas? E qual sua legitimidade para responder aos diferentes problemas, perigos e incertezas que, com suas pesquisas, experimentos e invenções, de algum modo ajudaram a criar?

As respostas a essas indagações, é óbvio, só podem ser afirmativas. Por provocar um deslocamento ou uma delegação das competências do Estado para organizações não-estatais capazes de promover a arbitragem em temas de alta complexidade técnica, forma encontrada pelo legislador para forjar consensos e neutralizar o desgaste político de decisões jurídicas tecnicamente equivocadas e com efeitos morais, sociais, econômicos e ambientais desastrosos, o problema da abertura do processo de elaboração legislativa aos saberes especializados e a determinados setores da sociedade está na sua ambigüidade. Em princípio, essa estratégia pode levar a um aprofundamento do regime democrático, pois expande os mecanismos participativos, alarga o alcance dos procedimentos consultivos e amplia o escopo dos procedimentos deliberativos, o que permitiria maior envolvimento público na tomada de decisões vitais para a comunidade e possibilitaria formas mais avançadas de cidadania. No entanto, encerra o risco de sua “captura” pelos setores sociais, econômicos e políticos interessados, que tendem a dispor de amplo controle da produção e circulação das informações específicas às suas respectivas áreas e campos de atuação, podendo assim resultar no retorno a velhas práticas decisórias de natureza corporativista ou, então, numa autoprodução do direito em circuito fechado e imune a controles externos.

A negociação decorrente dessa desformalização dos procedimentos de elaboração legislativa também pode otimizar o tratamento de temas jurídicos em contínua evolução e levar até mesmo ao advento de “leis experimentais”. Ou seja, aquelas que, no próprio curso de sua votação e aprovação, estabelecem cláusulas de ab-rogação e pressupõem mudanças periódicas e regulares com base numa avaliação técnica *ex post* de suas conseqüências, abrindo caminho para um movimento contínuo de ajustamento das leis à realidade, o que termina fazendo da eficácia a principal condição de sua legitimidade. Contudo, na medida em que propicia reações *ad hoc* a fatos e evoluções imprevistas, esse processo de aprendizagem permite converter *experimentação* em *improvisação*. Além disso, ele ainda pode ser objeto de manipulação demagógica por parte de dirigentes, de parlamentares e dos chamados “formadores de opinião pública”, que teriam nos períodos de revisão o pretexto e o caminho aberto para poder deformar a imagem do direito em vigor perante a sociedade ou forjar determinadas expectativas com relação às mudanças pretendidas. Por fim, ele é vulnerável à utilização da argumentação acadêmica, da *expertise* científica e da certificação tecnológica, por parte dos setores economicamente mais fortes e/ou com maior capacidade de “voz”, pressão e mobilização da sociedade, para mascarar ou ocultar decisões políticas com justificativas pretensamente técnicas (Höland, 1993; Ost, 1998; e Sand, 2002) e desenvolver estratégias disciplinares e novas formas de poder social absolutamente incompatíveis com as liberdades públicas e garantias fundamentais (Sand, 1997: 16-18).

A **segunda tendência** é a de uma progressiva redução do grau de imperatividade do direito positivo. Com os programas de “flexibilização”, deslegalização e desconstitucionalização, por um lado, e com a superposição de novas esferas de poder, por outro, muitas de suas normas já não mais se destacam por seu *enforcement*, ou seja, por sua capacidade de atuar como um comando incontestado. Ao contrário, elas se caracterizam, justamente, por seu baixo grau de coercibilidade; pela abdicação das soluções heterônomas; por práticas mais flexíveis de enquadramento

de comportamentos; pelo estímulo aos mecanismos de gestão delegada, parcerias público-privadas e auto-responsabilização; pela ênfase à regulação negociada; pela renúncia a qualquer “função promocional” ou “dirigente”; pela ênfase antes à eficácia da negociação das deliberações dela decorrentes do que à legitimidade de princípio. Enquanto o direito positivo se exprime de modo imperativo, sob a forma de comandos compulsórios provenientes de uma autoridade formalmente investida de poder de decisão e segundo regras previamente estabelecidas para sua elaboração, a nova ordem jurídica se destaca por seu viés pluralista e interativo. Ela se configura como um mecanismo de resolução de problemas e litígios por meio do qual os atores, via negociação entre múltiplos poderes e distintos espaços, chegam a compromissos aceitáveis por todos. Suas expectativas e interesses são conflitantes, mas nenhum desses atores tem capacidade para impor uma solução de maneira unilateral – e se não chegarem a decisões mutuamente satisfatórias, permanecerão numa situação de paralisia decisória, correndo o risco de, ao final, saírem todos como perdedores.

Com isso, a lei não é mais um fato, mas um processo. Ela não é mais um ato, mas um programa de ação; e não cria mais instituições, porém elabora cenários. À medida que abandonam a pretensão de promover uma regulação direta da sociedade, limitando-se a estabelecer premissas para decisões, a fomentar entendimentos e engajamentos recíprocos e a viabilizar soluções adaptáveis para cada situação específica em contextos plurais e cambiantes, essas normas acabam introduzindo no ordenamento jurídico uma flexibilidade desconhecida pelos padrões legais prevalecentes desde o advento do moderno Estado de Direito.

Expressando-se sob a forma de princípios, recomendações, códigos de conduta e “diretivas”, esse tipo de norma não estabelece *a priori* as regras do jogo nem assegura determinadas garantias fundamentais (papel básico da Constituição no âmbito do Estado liberal clássico). E também não impõem a obtenção compulsória de determinados resultados (papel básico do direito social e do direito econômico no Estado intervencionista, *keynesiano* ou

“providenciário”). Concebidas basicamente para neutralizar conflitos inter-sistêmicos e litígios resultantes do processo de negociação legislativa com setores profissionais, acadêmicos e sociais acima mencionados, são normas que substituem as tradicionais racionalidades formal e material por uma racionalidade nova, de caráter meramente procedimental, aspirando, apenas e tão-somente, a uma regulação indireta. São normas que renunciam a quase toda pretensão de supremacia e universalidade, reconhecendo a autonomia decisória de sistemas sociais e econômicos diferenciados e auto-regulados e limitando-se a promover uma articulação entre eles, com o objetivo de assegurar seu equilíbrio sem o risco de comprometimento de suas respectivas racionalidades internas.

Do ponto de vista sociológico, contudo, a baixa imperatividade dessas normas não deve ser entendida como ausência de coercibilidade na organização das relações sociais. Na maioria das vezes, essas normas procedimentais implicam uma sutil, inteligente e eficaz estratégia de reforço dos controles social pelo recurso, por exemplo, a mecanismos policiais privados, sob a forma de esquemas de vigilância eletrônica, retenção de documentos pessoais, fechamento de espaços públicos etc. E, do ponto de vista estritamente jurídico, essa *soft law*, decorrente da redução do grau de imperatividade do direito positivo, também encerra o risco de formular regras de conteúdo maleável e comandos sem precisão, criando, por um lado, zonas de incerteza e indeterminação que acabam sobrecarregando o trabalho hermenêutico dos intérpretes e, por outro, deixando enormes dúvidas quanto ao seu verdadeiro potencial de eficácia. Afinal, esse tipo de norma é tão flexível, plástico e adaptável e sua eficácia é tão dependente de variações conjunturais que, na prática, torna-se impossível saber se é a realidade socioeconômica que muda sob pressão da lei ou, inversamente, se é a lei que vai modelando-se a partir da “resistência” dos fatos.

A **terceira tendência** está relacionada ao excesso de formalismo dos tribunais e à excessiva burocratização dos mecanismos processuais. Trata-se da reformulação paradigmática do

direito processual civil e penal, com a simplificação dos procedimentos de citação e das provas periciais, a abolição de parte das formalidades nos procedimentos especiais, o enxugamento do procedimento ordinário, a redução drástica do número de recursos judiciais, a desburocratização dos agravos, a ênfase ao princípio da oralidade, a agilização do trâmite de processos em que já existe jurisprudência estabelecida, conversão dos tribunais inferiores em instâncias terminativas para determinados tipos de conflitos, a valorização da jurisprudência por meio da adoção de súmulas vinculantes, a conversão da última instância judicial em corte exclusivamente constitucional etc. Essa tendência decorre, acima de tudo, da incompatibilidade entre a concepção de tempo adotada pelas legislações processual civil e processual penal, que é deliberadamente lenta em face da necessidade de se institucionalizar o princípio do contraditório, garantir o direito de defesa, assegurar o chamado “duplo grau de jurisdição” e salvaguardar valores, interesses e procedimentos vitais ao funcionamento do próprio Estado de Direito, por um lado, e a concepção de tempo prevalecente no processo decisório no âmbito dos mercados transnacionalizados, especialmente os financeiros, por outro.

Com o desenvolvimento da informática, a revolução da microeletrônica e o avanço da tecnologia de comunicações, esse processo decisório é cada vez mais instantâneo. Ou seja, o tempo na economia globalizada não respeita distâncias nem fusos horários. É o tempo real dos fluxos financeiros. É o tempo da simultaneidade das decisões comerciais e de investimento. É o tempo do *aqui e agora* propiciado pelos meios de comunicação e pela internet, independentemente das distâncias geográficas e dos fusos horários, fazendo repercutir de modo quase instantâneo os fatos e os acontecimentos nas percepções coletivas. As legislações processuais civil e penal, no entanto, continuam sendo basicamente regidas pela idéia de tempo *diferido*, isto é, pelo tempo das etapas que se articulam de maneira sucessiva, por fases que se sucedem cronologicamente, condicionando pelos limites da jurisdição territorial dos aparatos judiciais. Decorre daí a propensão dos

agentes econômicos de reivindicar mais simplicidade processual, maior rapidez decisória e mais previsibilidade judicial, com o objetivo de reduzir os custos das transações, aumentar a fluidez dos negócios, equalizar oportunidades, facilitar os investimentos internacionais e gerar confiança entre os grandes investidores, por um lado, e a evitar tribunais lentos, excessivamente ritualizados e tecnicamente ineptos e a reduzir sua interferência na regulação do meio ambiente, da defesa da concorrência, dos serviços públicos e dos mercados de crédito, aluguel e serviços privados, neutralizando as incertezas jurisdicionais por meio de mecanismos decisórios bem mais flexíveis, ágeis e dinâmicos, como a mediação, a conciliação e a arbitragem extrajudiciais, por outro.

Nos países desenvolvidos, as pressões em favor da reformulação-paradigmática das legislações processuais civil e penal têm sido exercidas, entre outras fontes, pelas megafirmas de advocacia contratadas por empresas mundiais e por conglomerados transnacionais para lhes prestar assessoria jurídica em todos os mercados em que estão presentes. Nos países periféricos e semiperiféricos, essas pressões têm sido exercidas basicamente por organismos multilaterais de crédito, para cuja burocracia nenhum país consegue crescer economicamente se não contar, entre outros fatores, com instituições judiciais capazes de tomar decisões previsíveis e formar uma jurisprudência uniforme em matéria de garantia da propriedade, exigibilidade contratual e responsabilidade civil.

Com uma linha de atuação muito mais preventiva e consultiva do que forense, organizada em moldes semelhantes às grandes firmas multinacionais de contabilidade e auditoria, como a *Arthur Andersen*, a *PricewaterhouseCoopers*, a *Deloitte and Touche*, a *Ernest & Young* e a *KPMG Peat Marwick*, e integradas por operadores de direito com formação pluridisciplinar, dotados de habilidades analíticas e capazes de agir em conjunto com economistas, analistas de mercado, administradores, engenheiros de produção, engenheiros financeiros, especialistas em cálculos atuariais e auditores nas operações de compra, venda, fusões, incorporações, reestruturações, privatização,

avaliações de risco, formulações de contratos e auditoria legal, esses mega-escritórios de *business lawyers* fazem dessa estratégia um instrumento para operar em muitas jurisdições ao mesmo tempo, conjugar *expertise* jurídica e financeira, universalizar formas de contratos e procedimentos para sua execução, assegurar padrões internacionais de qualidade, expandir sua atuação em mercados transnacionalizados e reduzir gastos de seus clientes corporativos com os chamados *custos de transação* (Dezalay e Garth, 1995 e 2000; Flood, 1996; Gorman, 1999; Pinheiro, 2000; Kirat e Sérverin, 2000; Sand, 2002 e 2004; Gessner, 2005; e Uprimny, 2006).

No caso específico dos países semiperiféricos cuja infra-estrutura jurídica consagra procedimentos de resolução de conflitos historicamente associados ao direito continental europeu, a adoção dessa reforma tem sido defendida, apoiada e estimulada pelos organismos multilaterais, seja por meio de sua imposição como condição para renegociação da dívida externa ou concessão de novos créditos, seja por meio de levantamentos estatísticos, avaliações comparativas e programas de assistência legal promovidos e prestados diretamente pelo Banco Mundial, pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e pela Agência Internacional de Desenvolvimento (AID), ou indiretamente por órgãos por eles financiados, como é o caso do Conselho de Estudos Judiciais das Américas (CEJA), constituído com o objetivo de estudar e estimular a uniformização da legislação processual e das estruturas organizacionais do Judiciário nas Américas do Sul, Central e do Norte. Nos países periféricos e semiperiféricos, essa reforma também é abertamente defendida por dirigentes do setor financeiro local e agentes econômicos locais empenhados em aumentar o volume de captação de investimentos estrangeiros e ampliar o volume de negócios em suas bolsas de valores, mercado de futuros etc.

É esse, por exemplo, o caso do mercado brasileiro de capitais. Como expõe um de seus executivos, em artigo publicado num dos principais veículos de comunicação do setor, os países cujo arcabouço jurídico e cuja legislação societária são forjados com base

em princípios derivados do direito romano possuem mercados acionários com taxas de crescimento bem inferiores aos países cujas instituições normativas e judiciais derivam da *Common Law*. Com base em dados comparativos e tomando como parâmetros o número de empresas listadas nas bolsas de valores, a população dos países onde estão instaladas, os indicadores capazes de refletir a confiança dos investidores com relação às entidades que representam seus interesses em âmbito legal e o *International Country Risk Guide*, ele afirma que enquanto o Brasil não optar pela tradição anglo-saxônica em suas reformas legais, seu mercado acionário continuará enfrentando grandes dificuldades para crescer. Mesmo que o risco sistêmico brasileiro, a volatilidade econômica e as taxas de juros diminuam, conclui esse executivo, a ausência de um arcabouço jurídico e de uma legislação societária mais flexível, nos moldes da norte-americana ou inglesa, manterá a expansão desse mercado travada. Ainda que longa e sob a forma de extrapolações baseadas em estatísticas, sua conclusão é bastante ilustrativa.

1. "Potencial da renda variável no Brasil em relação ao *market capitalization*". Se o Brasil tivesse um índice de tradição no cumprimento das leis semelhante à média mundial, o mercado acionário brasileiro teria potencial de receber mais US\$ 12 bilhões. Se o Brasil tivesse um índice de tradição das leis semelhante ao dos Estados Unidos, o mercado acionário brasileiro teria potencial de receber mais US\$ 88 bilhões. Se as leis brasileiras oferecessem aos acionistas direitos semelhantes aos das leis americanas, o mercado acionário brasileiro teria potencial de receber mais US\$ 75 bilhões.

2. "Potencial da renda variável no Brasil em relação ao número de empresas". Se o Brasil tivesse um índice de tradição no cumprimento das leis semelhante à média mundial, o mercado acionário brasileiro teria um potencial para negociar 364 empresas. Se o Brasil tivesse um índice de tradição no cumprimento das leis semelhante ao dos Estados Unidos, o mercado acionário brasileiro teria potencial para negociar 2.529 novas empresas. Se as leis brasileiras oferecessem aos acionistas direitos semelhantes aos das leis americanas, o mercado acionário brasileiro teria potencial para negociar mais 764 empresas.

3. "Potencial da renda variável no Brasil em relação a novas emissões". Se o Brasil tivesse um índice de tradição no cumprimento das leis semelhante à média mundial, o mercado acionário brasileiro teria potencial para negociar mais 16 novas empresas/ano. Se o Brasil tivesse um índice de tradição no cumprimento das leis semelhante ao dos Estados Unidos, o mercado acionário brasileiro teria potencial para negociar 109 empresas/ano. Se as leis brasileiras oferecessem aos acionistas direitos semelhantes aos das leis americanas, o mercado acionário brasileiro teria potencial para negociar 54 empresas/ano (Brenner: 2000).

A **quarta tendência** também está relacionada com a hegemonia inglesa e americana no sistema financeiro da economia globalizada. O capital financeiro global, como é sabido, opera a partir de Londres e Nova York – as maiores cidades dos dois países de língua inglesa com longa história de bolsas de valores e instituições bancárias. Elas se constituem, hoje, nos centros financeiros internacionais dominantes no mundo inteiro, impondo sua lógica e disciplina a todo o mercado. Igualmente, não é por acaso que Hong Kong, e não Tóquio, tornou-se o principal centro financeiro de toda a Ásia, apesar de o Japão ser o maior país credor do mundo. Esse fato decorre, basicamente, da herança britânica de Hong Kong em matéria de tradição jurídica e de "ambiente legal para negócios". Como decorrência, a hegemonia inglesa e americana no campo financeiro mundial é mais um dos fatores diretamente responsáveis pela expansão da cultura e dos padrões legais anglo-saxônicos, que valorizam a formação jurisprudencial do direito, com base na regra do *stare decisis* ou no vínculo aos precedentes, em detrimento da cultura e dos padrões romano-germânicos, onde basicamente predominam as fontes formais de direito e o apego à norma, às leis e aos códigos.

Advinda das normas de mercantilização, concorrência, finanças e contabilidade prevaletentes na Inglaterra e nos Estados Unidos, os dois países que constituem o núcleo financeiro hegemônico da economia globalizada, com suas vastas redes de poderes e contrapoderes estruturadas numa arquitetura ilimitada e inclusiva, a

expansão da cultura e dos padrões legais anglo-saxônicos não está circunscrita apenas e tão-somente ao âmbito das legislações processuais civil e penal, como foi visto na tendência anterior. Ela vai muito além, envolvendo, principalmente, o arcabouço ou a arquitetura dos direitos comercial, societário, atuarial, financeiro, concorrencial, antitruste e ambiental, e se concentrando em temas e matérias que vão do assim chamado “terceiro setor” (ou setor público não-estatal) à propriedade intelectual, *royalties*, comércio eletrônico, comércio internacional e ações e títulos, abuso do poder econômico e fusões e aquisições.<sup>1</sup>

Um dos exemplos mais ilustrativos dessa tendência é a experiência norte-americana de regulação econômica, que foi ampliada a partir dos anos 30 como resposta às demandas de racionalização e equilíbrio dos setores industrial, comercial e financeiro surgidas após a crise de 29. Suas *independent regulatory commissions*, entes públicos autônomos com relação ao governo, e cujo papel é formular diretrizes gerais nas áreas de sua competência, implementar políticas *ad hoc* por meio de regulamentos e portarias, arbitrar conflitos entre agentes setoriais, regular a ação de empresas para assegurar um ambiente minimamente competitivo entre elas, estabelecer limites aceitáveis de concentração do mercado e combater os casos de abuso, hoje vêm servindo aos países semiperiféricos, como o Brasil, de fonte inspiradora para duas iniciativas complementares: a) a criação de órgãos administrativos altamente flexíveis, sob a forma de “autarquias especiais”, e imunizados em relação aos períodos eleitorais e às barganhas políticas do cotidiano da política, e de mecanismos de comunicação capazes de filtrar, captar e traduzir uma visão pluralista e equilibrada dos pontos de vista específicos dos diferentes grupos de interesse em cada setor econômico; e b) a progressiva transformação dos direitos de proteção ao consumidor, defesa da concorrência e combate ao abuso do poder econômico em modelos jurídicos autônomos e diferenciados.

Constituindo-se na base estrutural dos regimes legais transnacionais que se encontram em fase de formação, beneficiados pelo

fato de que os critérios de legitimação do conhecimento técnico especializado são determinados por mercados globais centrados nos Estados Unidos, impulsionados pela força irradiadora dos padrões culturais e das lógicas organizacionais das grandes *corporations* e disseminados pelos modelos norte-americanos de empresas e megafirmas de advocacia acima já mencionados, além de favorecidos pelo fato de que o inglês se tornou a *língua franca* no âmbito quer dos fluxos de comércio e de capitais, quer das formas regularizadas da interligação global, o pragmatismo, a rapidez e a flexibilidade dos padrões legais anglo-saxônicos cada vez mais têm sido contrapostos às normas e aos mecanismos processuais altamente hierarquizados e excessivamente burocratizados dos modelos romano-germânicos. Isso porque, do ponto de vista da relação entre eficácia institucional e desempenho econômico, esses modelos são considerados potencialmente ineficazes, dada sua pouca objetividade, rigidez e lentidão, e, por isso mesmo, incompatíveis quer com os imperativos-técnicos, quer com as exigências normativas da globalização econômica, principalmente em matéria de proteção do direito de propriedade, respeito aos contratos e tomada de decisões em tempo economicamente tolerável.

Fundada nos valores da eficiência, produtividade, competitividade e acumulação, a disseminação desses imperativos e dessas exigências é hoje uma das principais prioridades dos organismos multilaterais, cuja atuação já foi mencionada no caso da reforma e da padronização da legislação processual. Esses organismos são integrados por quadros burocráticos técnica e academicamente formados com base na convergência de uma opção pelo individualismo liberal, no plano político, e sob uma forte influência do "neo-institucionalismo", no campo da teoria econômica. O individualismo liberal valoriza os chamados *property rights*, encarando-os não apenas como direitos de propriedade material e imaterial, mas, igualmente, como liberdades de iniciativa e comercial; vê o mercado como fator estratégico de coordenação social; e sustenta que aos governos, leis e tribunais cabe assegurar as condições para que ele possa cumprir esse papel sem obstáculos.

Forjado originariamente pela escola de Chicago a partir dos estudos seminiais de Ronald Coase e Gary Becker em matéria de análise econômica do direito e aprofundado por Oliver Williamson e por Douglass North, este último ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1993, o “neo-institucionalismo” sublinha a importância dos fatores históricos, sociais e políticos na modelagem das leis econômicas; destaca a existência de uma influência recíproca entre comportamento econômico e “ambiente institucional”, formado por limites formais (regras, leis e constituição) e restrições informais (normas de comportamento, convenções e códigos de conduta auto-impostos); afirma que o tempo da construção institucional costuma ser lento, pautando-se por decisões de caráter acumulativo, e que as instituições governamentais e jurídicas são fundamentais para reduzir as incertezas próprias das ações humanas, na medida em que proporcionam a estrutura de trocas que determina o custo das transações e das transformações; sustenta que o crescimento da economia depende de um “ambiente saudável para os negócios”, por meio de tribunais capazes de proporcionar estabilidade e segurança aos agentes; e, em nome da eficiência econômica, critica enfaticamente o ativismo jurídico de movimentos políticos que lutam pela expansão dos direitos sociais, ao mesmo tempo em que defende a prioridade dos *property rights*, quando contrapostos no âmbito da Justiça aos outros direitos, como os sociais e políticos.

Combinando essas duas vertentes teóricas, e partindo no plano instrumental da premissa de que técnicas jurídicas destinadas a moldar práticas políticas e econômicas voltadas ao livre jogo de mercado podem ser universalmente utilizadas, independentemente das especificidades de cada contexto social, os organismos multilaterais passaram nos últimos anos a propor aos países periféricos e semiperiféricos uma agenda de reformas estruturais com forte ênfase à proteção dos direitos de propriedade, ao cumprimento de acordos e contratos, à eficiência gerencial dos tribunais, a uma maior utilização dos precedentes, à diminuição do número de trâmites burocráticos para a abertura e fechamento de empresas, à agilização na tramitação dos pedidos de falência, ao combate à

corrupção e ao fortalecimento do sistema penal. Todos esses objetivos têm como denominador comum a preocupação em criar as condições institucionais para a redução dos custos de transação, com base na premissa de que, quando eles são baixos, o mercado é mais eficiente e os direitos de propriedade estão mais bem garantidos; e, quando são altos, como ocorre na maioria da América Latina, os investimentos são insuficientes, o mercado é ineficiente, os privilégios pessoais predominam e o desenvolvimento econômico é lento ou, então, nulo. São reformas desse tipo que estão por trás tanto do apoio técnico prestado pela Agência Internacional de Desenvolvimento (AID), mantida pelo governo dos Estados Unidos, quanto, principalmente, da abertura de generosas linhas de financiamento pelo BID e pelo Banco Mundial (Quadro 5), para a reforma dos sistemas jurídicos, para a informatização e melhoria da infra-estrutura dos serviços judiciais e para a chamada “transformação do conhecimento, habilidade e valores” dos magistrados e promotores de países periféricos e semiperiféricos, principalmente os da América Latina, cujas instituições de direito são de origem romano-germânica (Dakolias, 1999; Dakolias e Said, 1999; Dakolias e Buscaglia, 1999; e Banco Mundial, 2001).

### **Quadro 5**

#### ORGANISMOS MULTILATERAIS

#### PROGRAMAS DE APOIO FINANCEIRO AO JUDICIÁRIO (1994/2002)

**Prioridades**

- 1) Infra-estrutura administrativa e tecnológica.
- 2) Melhoria das técnicas de investigação de delitos.
- 3) Criação de “conselhos superiores”: técnicas padronizadoras de gestão, avaliação, produtividade e critérios de promoção.
- 4) Treinamento de juizes e funcionários.
- 5) Acesso à Justiça: defensoria públicas, centros de mediação, conciliação extrajudicial.

**Ajuda financeira**

US\$ 536,3 milhões (AID)

US\$ 325,1 milhões (BID)

US\$ 120,6 milhões (Banco Mundial)

**Total:** US\$ 982,0 milhões

**Fonte:** adaptado de Uprimny (2006).

Justificada com base na premissa de que países com sistemas jurídicos e instituições judiciais eficazes tendem a crescer cerca de três vezes mais do que os países com um ordenamento legal e tribunais precários, a partir da última década do século XX esses programas passaram a ser encarados pelos organismos multilaterais – com o Banco Mundial e a OCDE à frente – como condição básica para a consecução de padrões mínimos de gestão racional e criação de um ambiente propício às inversões do setor privado, no sentido de que os tribunais deveriam ser modernizados para não travar a implementação da primeira geração de reformas estruturais (combate à inflação, rigor fiscal, estabilização monetária, desregulamentação da economia, liberalização das contas de capital, abertura-comercial, remoção de barreiras protecionistas, reforma do Estado, revogação de monopólios públicos, privatização de serviços essenciais e flexibilização da legislação trabalhista). Mais tarde, já na

primeira década do século XXI, a reforma judicial passa a ser vista como instrumento de afirmação das “regras do jogo”, enfatizando a previsibilidade e a credibilidade institucionais, a executoriedade dos contratos, o respeito às garantias reais, a agilidade na cobrança de dívidas, o reconhecimento dos direitos de propriedade material e imaterial etc. (Banco Mundial, 1997 e 2001). Dito de outro modo, se na última década do século XX o Banco Mundial estava empenhado em fazer com que os diferentes setores e instâncias do Judiciário não comprometessem a *good governance* e pressionassem o assim chamado custo-país, na primeira década do século XXI a preocupação é com a construção de uma ordem legal clara, precisa e confiável, e com a conversão das instituições judiciais em cortes eminentemente técnicas, altamente profissionalizadas, desprovidas de preocupações com justiça “distributiva” ou “compensatória” – portanto, capazes de tomar decisões coerentes, previsíveis e não retroativas, de neutralizar a discricionariedade dos governantes, de afastar situações de “risco regulatório” e de assegurar maior fluidez aos negócios.

A **quinta tendência** é de alargamento do alcance das normas jurídicas que balizam os processos de formalização dos mais variados tipos de acordos e disciplinam a livre contratação; mais precisamente, é a tendência de expansão dos campos de “contratualização” – campos esses vistos como espaços de liberdade juridicamente reconhecida para a criação de direitos subjetivos pelos próprios agentes econômicos. Em outras palavras, trata-se da reafirmação dos contratos como a forma normativa mais flexível e adequada à formalização da autonomia da vontade, à transmissão da propriedade, à funcionalização das relações de compra e venda e à previsibilidade, enquanto condição básica para o cálculo racional.

A economia globalizada, como este trabalho vem apontando, é uma economia de caráter eminentemente contratual, o que levou a um progressivo enfraquecimento da distinção entre direito público e direito privado, ao mesmo tempo em que vem alargando as fronteiras do chamado “direito civil”. Após a extraordinária expansão do direito público e de suas normas controladoras e diretivas,

culminando nas “constituições-dirigentes” tão em voga nas décadas de 60 e 70, o que agora se vê com os processos de descentralização, desformalização, desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização é um movimento de revalorização dos valores, dos princípios gerais e das categorias do direito civil. Mas, como já foi entreaberto anteriormente, e a par dos inevitáveis desafios de ter de oferecer respostas normativas plausíveis aos novos tipos de família e às novas formas de paternidade/maternidade monoparental resultantes dos novos padrões de convivência e do aumento das taxas de divórcio, há uma diferença significativa entre o direito civil do século XX e o direito civil do século XXI. Dada a substituição da tutela governamental pela livre negociação e a subsequente expansão das relações contratuais entre redes de empresas privadas e cadeias produtivas, o presente ressurgimento do direito civil tem ocorrido, basicamente, à margem do Estado.

O direito civil constituído sob a égide da Revolução Francesa, como é sabido, surgiu no bojo de um processo de eliminação dos particularismos locais, de força crescente do poder nacional nas sociedades em modernização, de expansão da economia monetária, de afirmação de obrigações gerais com validade universal, da autonomia da vontade e da igualdade formal, de institucionalização da propriedade privada e do desenvolvimento de mecanismos legais de garantia patrimonial (Bendix, 1977). Já o direito civil deste começo de século vem sendo forjado na dinâmica de um processo de transnacionalização dos mercados, de transferência de riquezas, de privatização de serviços essenciais e do controle de recursos naturais estratégicos, de fragmentação das atividades produtivas, de centralização e concentração dos capitais, de maior disciplina, transparência e governança corporativa no âmbito do sistema financeiro, de esvaziamento da capacidade de autodireção e autodeterminação política dos Estados-nação e do realinhamento nas relações entre o sistema político e o sistema econômico (Held, 1997; Teubner, 2000 e 2004; Sand, 1997, 2002 e 2004; e Picciotto, 2007). Ou seja, um processo que, assumindo a forma de “redes” de

produção e prestação contínua e regular de serviços, exige uma coesão, uma flexibilidade, uma adaptabilidade e uma multidimensionalidade que só podem ser formalizadas normativamente por meio de institutos jurídicos mais flexíveis, capazes de intercruciar regras de direito público e direito privado, e de contratos mais plásticos, abertos e funcionalmente diferenciados. Um exemplo que ilustra bem esse tipo de instituto jurídico mais flexível são as *creative commons*, que consistem num enquadramento jurídico mais simples e de fácil utilização dos direitos do autor. E o exemplo que melhor ilustra os contratos mais plásticos e abertos são os chamados “contratos relacionais”, hoje utilizados em larga escala por conglomerados empresariais.

As *creative commons* são licenças flexíveis de propriedade intelectual que permitem a quem recebe uma criação cultural ou uma inovação tecnológica copiá-la, distribuí-la ou modificá-la, ficando garantido, contudo, o reconhecimento de sua autoria. Por meio dessas licenças, que são concedidas sem maiores exigências burocráticas, os autores – um cientista, um compositor, um artista plástico, um romancista, um poeta etc. – definem quais os direitos que querem ceder de suas obras, disponibilizando-as gratuitamente na internet. Ao propiciar um equilíbrio entre o direito de autor e o direito de acesso da sociedade à sua obra, as *creative commons* adaptam as leis de propriedade intelectual ao desenvolvimento científico-tecnológico, facilitam a inovação e a disseminação do conhecimento e fazem com que cada vez mais pessoas participem de processos criativos com efeitos globais (Silva Jr., 2004). À medida que todos os criadores podem apropriar-se das criações de outros, as *creative commons* abrem caminho para uma recriação generalizada do conhecimento. Ao contrário da tradicional figura jurídica do *copyright*, que autoriza a utilização de conteúdos mediante o pagamento de direitos do autor, o princípio orientador das *creative commons*, o chamado *copyleft*, baseia-se na livre utilização da obra original e na livre circulação do conhecimento a partir de determinadas regras e de um controle mínimo.

Já os “contratos relacionais” se destacam, entre outros fatores, por serem multiformes e de execução contínua, enquanto os contratos clássicos, cuja natureza é eminentemente bilateral e comutativa, são basicamente descontínuos. Os “contratos relacionais” também são bem mais complexos que os contratos clássicos, quer em sua forma, quer em seu funcionamento, na medida em que envolvem amplas e intrincadas gamas de sujeitos, agentes e participantes (MacNeil, 1987; Rangeon, 1998; e Macedo Jr., 1999). E a interação entre eles costuma ser marcada ora pela formação de parcerias e alianças capazes de sedimentar relações comerciais com base na cooperação, na confiança mútua, na conexão organizacional e na divisão do trabalho (o que em princípio ocorre quando as partes são economicamente equivalentes, exercem funções complementares e compartilham interesses comuns); ora por uma situação de dependência, por uma lógica de subordinação e por uma relação vertical e assimétrica de forças (o que costuma ocorrer entre uma grande empresa e seus diversos fornecedores de insumos, bens intermediários, serviços e tecnologias); ora pela multiplicidade provisória, tensa e por vezes contraditória de racionalidades altamente diferenciadas (o que tende a ocorrer quando empresas de uma mesma região são obrigadas a deixar de lado seus conflitos de interesse e somar esforços para enfrentar o poder econômico de competidores externos mais capitalizados e mais capacitados tecnologicamente); ora pela distribuição de funções e pela integração numa cadeia produtiva, com a disposição de reduzir e otimizar custos, aumentar a capacidade de geração de negócios e lucros e neutralizar os riscos inerentes ao desafio das inovações produtivas e das alterações nos padrões tecnológicos (o que se dá com o advento dos *clusters* (Porter, 1998), ou seja, da interação entre empresas de pequeno e médio porte, fornecedores especializados, prestadores de serviços, agências de fomento e centros de pesquisas, com o objetivo de explorar as vantagens trazidas pela proximidade ou concentração territorial, acumular *know-how* a partir de uma mesma base técnica, gerar sinergias e atuar com um potencial de crescimento competitivo contínuo).

Nesse processo de relativização ou enfraquecimento da tradicional distinção entre direito privado e direito público, a própria idéia de Constituição, enquanto lei *fundamental* relativa à organização do Estado e símbolo de limitação do poder, acaba igualmente sendo posta em xeque. Ou seja: ela é submetida a um amplo processo de “dessubstancialização”, o que, na linguagem figurada de um respeitado publicista, leva o direito constitucional a passar de “disciplina dirigente”, voltada à modelação do Estado e das relações sociais, ao *status* de “disciplina dirigida”, culminando num verdadeiro *direito de restos*. “Direito do resto do Estado, depois da transferência de competências e atribuições deste a favor de organizações supranacionais (União Européia, Mercosul). Direito do resto do ‘nacionalismo jurídico’, depois das consistentes e persistentes internacionalização e globalização terem reduzido o Estado a um simples ‘herói do local’. Direito dos restos da auto-regulação, depois de os esquemas regulatórios haverem mostrado a eficácia superior da auto-regulação privada e corporativa relativamente à programática estatal. Direito dos restos das regionalizações depois das várias manifestações dos ‘estados complexos’ (federais, regionais) exigirem a inclusão de outros entes quase soberanos nos espaços unitarizantes da soberania estatal” (Canotilho, 2006: 185).

De fato, como se viu ao longo deste trabalho, a progressiva revogação de normas diretivas e orientações programáticas de organização social e econômica tem sido politicamente justificada com base em argumentos éticos e inter ou transgeracionais. Em que medida um texto constitucional pode submeter indefinidamente uma vontade democrática para o futuro (Moreira, 2001: 206)? Colocando-se a questão em outros termos, por mais democrática e legítima que seja nos momentos de sua elaboração, aprovação e promulgação, é justo que uma Constituição possa, com seus dispositivos de irreversibilidade material, sob a forma das assim chamadas *cláusulas pétreas*, inibir, bloquear e até eliminar a capacidade de autodeterminação jurídico-institucional das gerações vindouras? Na mesma linha de indagação, é moralmente aceitável que uma

Constituição, por mais generosas que sejam suas intenções, também possa impor compulsoriamente às gerações futuras obrigações de cunho financeiro e pesados encargos fiscais vindos do passado?

Já do ponto de vista de sua funcionalidade e de sua efetividade, à luz das transformações sociais, econômicas, políticas, administrativas e institucionais analisadas ao longo deste trabalho, os argumentos são de outra natureza. Num contexto de globalização econômica, policentrismo decisório e diferentes regimes ou "policontextos" normativos, ou seja, de esgotamento do ciclo do constitucionalismo soberano congruente com o modelo de Estado territorial *westfaliano*, de que modo pode a Constituição continuar atuando na perspectiva de uma "lei da totalidade social" sem perder sua força normativa? Se a eficácia material de suas normas ditas "sociais" pressupõe o controle político-jurídico da propriedade, da acumulação e da riqueza privadas, do mesmo modo como a dinâmica das novas formas de organização capitalista e dos fluxos financeiros também somente consegue ser mantida em seus níveis atuais se estiver desimpedida de muitos dos limites comumente estabelecidos pelo jogo democrático, que papéis uma Constituição pode realmente exercer? Por fim, em face dos sucessivos experimentos institucionais postos em prática com a eclosão dos grandes blocos comerciais transnacionais e que têm levado à partilha de poderes legislativos, administrativos e jurisdicionais antes considerados exclusivos do Estado-nação e possibilitado a supremacia de normas e tratados "comunitários" sobre os direitos nacionais, de que maneira pode uma Constituição atuar como um documento-fundamental da *res publica* sem se converter em instrumento totalizador com base em concepções unidimensionais do Estado e da sociedade (Canotilho, 1998 e 2006)?

Como as respostas a essas indagações são negativas, visto que a Constituição já não mais consegue tratar de forma unitária, coerente e racional os problemas e demandas de uma sociedade e de uma economia crescentemente complexas, a idéia de Constituição ganha novas feições. Ela deixa de ser um estatuto organizatório definidor de competências e regulador de processos no âmbito do Estado,

passível de ser visto como “norma fundamental” e reconhecido como centro emanador do ordenamento jurídico. E assume a forma de uma carta de identidade política e cultural, atuando como um centro de convergência de valores em cujo âmbito teriam caráter absoluto apenas duas exigências fundamentais. Do ponto de vista substantivo, os direitos de cidadania e a manutenção do pluralismo axiológico, mediante a adoção de mecanismos neutralizadores de soluções uniformizantes e de medidas capazes de bloquear a liberdade e instaurar uma unidade social amorfa e indiferenciada. Do ponto de vista procedimental, as garantias para que o jogo político ocorra dentro da lei, isto é, de regras jurídicas estáveis e claras, porém despidas de prescrições extensivas e detalhadas.

Ainda na mesma tendência de refluxo do direito público, e decorrente do processo de gerencialização (*managerialization*) iniciado na Inglaterra com o governo dos conservadores liderados por Margaret Thatcher, o direito administrativo, a exemplo do direito constitucional, também sofre alterações paradigmáticas. Uma delas já foi entreaberta no exame da quarta tendência. Trata-se do advento das agências regulatórias independentes – órgãos que, para formular e implementar políticas setoriais, garantir o equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviço público, proteger os usuários e conciliar interesses sociais com as necessidades do mercado – têm um poder discricionário muito superior ao das tradicionais autarquias, maior flexibilidade organizacional, mais agilidade decisória e uma competência normativa que nem mesmo a administração pública indireta do Estado Providência de cariz social-democrata dispunha. Outra alteração é a relativização das premissas em torno das quais o direito administrativo foi originariamente organizado com o advento do Estado de Direito de inspiração liberal-burguesa: as idéias de (a) neutralização dos riscos de arbitrariedade e nepotismo governamental, por meio de uma clara e objetiva delimitação constitucional das competências administrativas e das prerrogativas jurídicas dos dirigentes, (b) limitação do poder de racionalização formal de seu exercício, por meio de procedimentos e padrões hierárquicos rígidos e do controle jurisdicional da

discricionariedade inerente a cada cargo ou função pública, e (c) uma burocracia de caráter *legal-racional* no sentido “weberiano” dos termos, ou seja, profissional, meritocrática, impessoal e submetida a códigos, leis e regulamentos.

Com a revogação dos monopólios estatais, a desoneração da administração direta em favor de órgãos descentralizados, a progressiva transferência do controle acionário de empresas públicas prestadoras de serviços essenciais para grandes grupos econômicos transnacionais, a abertura à concorrência de setores econômicos antes proibidos ou de acesso controlado e a introdução de formas empresariais de gestão nas atividades cuja responsabilidade permanece dentro da administração pública convencional, essas premissas tendem a ser consideradas obstáculo aos processos de flexibilização, descentralização e racionalização gerencial. E, com a redução tanto do tamanho quanto do alcance do Estado, que deixa de ser produtor direto ou prestador exclusivo de serviços essenciais para atuar como regulador das atividades privatizadas, como indutor e garantidor da concorrência, como comprador e estimulador da oferta de serviços essenciais e como criador de oportunidades de investimento em desenvolvimento tecnológico, o controle jurídico-formal de suas decisões sofre alterações profundas. Ele deixa de ser feito por meio de mecanismos normativos rígidos e hierarquizados e passa a ser promovido por mecanismos mais plásticos e finalísticos, combinando premissas voltadas quer para a lógica do mercado, como a eficiência empresarial e a valorização dos resultados, quer para o estabelecimento de “parcerias” com organizações e setores da sociedade civil para a ocupação de um espaço público não-estatal.

Desse modo, conforme é ilustrado abaixo pelo Quadro 6, em vez de condicionar rígida e centralizadamente os modos fundamentais de ação do Executivo (o ato, o contrato, o regulamento, as operações materiais e o processo administrativo), estabelecendo suas prerrogativas e suas obrigações com base nos princípios da legalidade e da discricionariedade, esse tipo de direito se converte em instrumento de gestão governamental; mais precisamente,

transforma-se em instrumento de coordenação, hierarquização e regulação dos diferentes agentes não-estatais (empresas privadas, fundações, consórcios, cooperativas, ONGs especializadas etc.) que, após os programas de “desmonopolização”, privatização, delegação e de subcontratações, adquiriram concessões de serviços essenciais e passaram a prestá-los exclusivamente com base no critério da rentabilidade e do lucro. Todavia, é importante lembrar que essa crescente flexibilidade do direito administrativo e a ampla discricionariedade por ele concedida às agências regulatórias independentes sempre encerra um risco. Por um lado, é certo elas oferecem uma infra-estrutura jurídico-institucional mais plástica ao Estado, ajudando-o a libertar-se das contradições a que estava submetido nos tempos do monopólio público nos serviços essenciais, quando era obrigado (a) a universalizar sua prestação, (b) a obter produtividade e a lucratividade necessárias ao financiamento de seu desenvolvimento tecnológico e à capitalização das empresas públicas e, (c) por fim, em termos macroeconômicos, a promover o controle da inflação via redução de tarifas. Mas, por outro, o excesso de flexibilidade e autonomia jurídicas também podem acarretar conflitos permanentes em matéria de interconexão e interdependência nos setores regulados por distintas agências.

### **Quadro 6**

#### **TIPOLOGIA DA REGULAÇÃO**

<b>Modelo clássico de regulação</b>	<b>Modelo de regulação pós-privatização</b>
Regras específicas	Regras gerais
Rígido	Flexível
Uniforme	Diverso
Permanência	Experimentação e mudança
Centralizado	Descentralizado
Hierárquico	Multidirecional
Legalidade	Procedimental
Mandatário	Coordenador

**Fonte:** adaptado de Trubek e Mosher (2000).

De algum modo vinculada com o refluxo do direito público, a **sexta tendência** é de enfraquecimento firme e progressivo do Direito do Trabalho, enquanto conjunto de princípios, normas e procedimentos que surgiram a partir de conquistas históricas na dinâmica de expansão do capitalismo industrial, com a finalidade de circunscrever, controlar e dirimir os conflitos laborais, sob a forma de gratificações compensatórias. Foi graças a muito sangue e muita pancadaria, como é sabido, que a livre associação sindical e o recurso da greve como instrumento de pressão e barganha deixaram de ser tipificados como crimes previstos em leis penais para se converterem em direitos fundamentais constitucionalmente-assegurados, entre os séculos XIX e XX; foi a ferro e fogo que o

emprego se tornou categoria jurídica no âmbito do Estado Providenciário e sua regulação se converteu numa das vias de acesso à cidadania; e que a generalização de padrões mínimos de trabalho, os assim chamados *labour standards*, abriu caminho para a adoção de diferentes medidas de discriminação positiva destinadas a proteger as partes mais fracas nas relações laborais.

Também foi graças a muito conflito político e muito confronto sindical que o encurtamento da jornada e o descanso semanal-remunerado, a limitação do trabalho noturno, a fixação de salários básicos, a concessão de reajustes em níveis proporcionais aos ganhos de produtividade e/ou ao aumento do custo de vida, a garantia de condições salubres de trabalho, a normatização das formas de admissão e contratação, o estabelecimento de condições para demissões e de sanções pecuniárias para despedidas arbitrárias, o pagamento de pensões temporárias para os trabalhadores acidentados e a aposentadoria pública puderam transformar-se na espinha dorsal da rede jurídica de proteção constituída pelo Direito do Trabalho, ao longo dos últimos 150 anos. No entanto, diante das transformações no padrão mundial de produção e concorrência ocorridas nas duas ou três últimas décadas, toda essa herança passou a ser contestada, em nome da força expansiva dos mercados e da adequação dos recursos humanos às oscilações econômicas, e a ser progressivamente desmontada, em face das pressões dos agentes econômicos para que os níveis salariais locais e o valor dos encargos trabalhistas se uniformizem por baixo, no plano internacional.

Obrigado agora a lidar com as formas variáveis e cambiantes dos novos modos de organização da produção e a disciplinar situações inéditas, ainda não inteiramente estruturadas, cada vez mais funcionalmente diferenciadas e, portanto, dificilmente padronizáveis, o escopo, a estrutura, o alcance e a eficácia do Direito do Trabalho estão sendo profundamente afetados pela extrema volatilidade e mobilidade dos capitais, pelas mudanças ocupacionais e organizacionais subjacentes ao fenômeno da globalização econômica e pela subsequente explosão do trabalho urbano flexível, informal,

descontínuo e altamente precarizado. Refinando o argumento: com a crescente automação e informatização dos sistemas de gestão e produção, o avanço da terceirização e da subcontratação e o advento de modos novos e bem mais seletivos de inserção na economia formal, (a) o trabalho repetitivo e auferido por tempo de serviço é progressivamente substituído pelo trabalho reflexivo, como aquele encontrado, por exemplo, nas atividades de ensino e treinamento, desenho aplicado, *marketing*, logística, contabilidade, gestão empresarial, informação, produção cultural, assessoria fiscal e jurídica, informática, corretagem, intermediação financeira etc.; (b) o trabalho industrial perde força na orientação de sentido normativo de ação e na identificação pessoal e coletiva, perde capacidade social integradora e perde capacidade comunicativa de gerar solidariedade; e (c) a mão-de-obra desloca-se para o setor de serviços, acarretando o declínio do operariado fabril clássico e levando a própria idéia de “emprego industrial”, que sempre esteve subjacente aos principais institutos e categorias da legislação trabalhista, a entrar em crise. E como o setor de serviços se caracteriza pela diferenciação funcional e operativa, por distintos critérios de aferição de produtividade, pela flexibilização do tempo de trabalho e por políticas de remuneração altamente discriminatórias e extremamente seletivas, sob a forma de bônus, gratificações, compensações e prêmios por assiduidade, mérito e desempenho individuais, ele exige formas contratuais muito mais maleáveis e segmentadas de contratação e formalização das relações trabalhistas do que aquelas vigentes no âmbito do setor industrial.

Com isso, o caráter *estatutário* da legislação trabalhista forjada no âmbito do Estado Providência acaba sendo contraposto a iniciativas tomadas com o objetivo de substituir a regulação protetora pela livre negociação, e justificadas em nome da desoneração dos agentes produtivos, a fim de que possam aumentar sua competitividade em mercados abertos e desregulamentados. Em termos esquemáticos, no sistema *estatutário* os direitos e deveres individuais e coletivos são garantidos por leis que estabelecem os

limites das convenções e acordos coletivos. No sistema *negocial*, esses direitos e deveres tendem a ser estabelecidos por um contrato discutido e pactuado entre as entidades representativas das empresas e os sindicatos trabalhistas ou, então, diretamente entre as próprias empresas e seus funcionários. O sistema *estatutário* baseia-se, assim, mais na legislação em si do que na negociação, exigindo, por conseqüência, a intervenção adjudicante e normativa da Justiça do Trabalho. Já o sistema *negocial* tem características diversas. Postulando a adoção da liberdade plena de associação sindical, o reconhecimento quase-absoluto da livre disposição contratual entre as partes e a supressão de contribuições compulsórias impostas legalmente, ele se baseia em muita negociação e pouca legislação, dispensando a interferência judicial. “A cada negociação, que pode ser definida com periodicidade fixa ou quando uma das partes decidir chamar a outra a negociar, novas cláusulas são automaticamente negociadas”, afirma um analista (Camargo, 1993). E, para que isso ocorra, é preciso que as partes entrem em acordo com relação ao que deve permanecer intocado e ao que pode ser alterado. “Dadas as exigências das tecnologias flexíveis e a perda de competitividade da tecnologia de produção em massa”, conclui ele, “reduzir a rigidez do mercado de trabalho torna-se um objetivo (...) talvez mais importante que a própria tecnologia embutida no capital físico da empresa” (Camargo, 1993).

Essa combinação entre flexibilidade operativa, heterogeneidade do perfil do emprego no setor terciário, despadronização e/ou individualização nas formas jurídicas de contratação e demissão e enfraquecimento das estruturas nacionais de negociação coletiva, ao minar as condições estruturais de estabilidade e segurança dos padrões trabalhistas, acaba assim atingindo mortalmente a essência da legislação laboral (Ferreira: 2001 e 2005). À medida que se multiplicam as comissões de arbitragem e os mediadores nos conflitos coletivos, a fragmentação dos acordos e das convenções trabalhistas, a desregulação dos contratos por meio das (muitas vezes falsas) cooperativas de trabalho e o uso fragrantemente abusivo dos contratos com prazo determinado, dos contratos de

aprendizagem das funções interinas prorrogadas ao infinito, da subcontratação, do trabalho em domicílio e de novas formas de remuneração com base na produtividade, levando o antigo trabalhador com carteira assinada a assumir a figura jurídica de “cooperado” ou de “microempresário”, a proteção assegurada aos “hipossuficientes” é esvaziada pela livre negociação entre partes formalmente “iguais”. Como decorrência, as fronteiras entre o trabalho assalariado e a livre-iniciativa perdem nitidez, tornando-se cada vez mais porosas. Desse modo, quanto mais os contratos de locação de serviços vão assumindo a forma de simples contratos de obrigações, na melhor tradição do direito privado tradicional, mais eles vão tomando o espaço anteriormente ocupado pelas normas protetoras e padronizadoras da legislação laboral de inspiração social-democrata. E, com isso, mais o Direito do Trabalho tende a se desfigurar e a se “civilizar”, ou seja, tende mais a se confundir e se refundir com o Direito Privado.

A **sétima tendência** é a de uma transformação paradigmática na linha arquitetônica, na fonte de legitimidade e no conteúdo programático do Direito Internacional. A proliferação de normas em áreas e setores cada vez mais funcionalmente diferenciados – das telecomunicações à proteção do meio ambiente e aos sistemas de negociação de créditos de carbono, da tutela de refugiados e do combate ao terrorismo internacional a acordos comerciais de oferta de tecnologia e à formulação de políticas de sustentabilidade – levou ao aparecimento de diversos regimes normativos, dos quais o Direito Comunitário Europeu é um exemplo ilustrativo. Como alguns desses regimes são incompatíveis entre si, o resultado acabou sendo a fragmentação do Direito Internacional, com os sistemas normativos de caráter regional tendendo a ser mais específicos que os regimes normativos globais e mais abrangentes que os regimes normativos domésticos. Com isso, diversas regras podem ser aplicadas à mesma situação, o que abre caminho para a colisão entre as obrigações que incumbem aos Estados e torna necessário um complexo processo de identificação de qual delas deverá prevalecer. O resultado é paradoxal, visto que o prevalecimento de determinado regime

normativo pode provocar mais conflitos que aqueles para cuja resolução ele foi concebido (Amaral Júnior, 2006: 85-87; Delmas-Marty, 2006). Além dessa fragmentação, o foco do Direito Internacional tende a se deslocar para a produção de normas substantivas de natureza geral para o desenvolvimento de mecanismos voltados à resolução de disputas específicas, o que leva ao advento de soluções divergentes que terminam corroendo as instituições e a própria credibilidade do Direito Internacional.

Quanto à fonte de legitimidade, ela já não mais decorre exclusivamente de negociações entre Estados, no exercício efetivo de sua soberania. Embora continue formalmente sendo por eles produzido, sob a forma de acordos, convenções e tratados firmados como se os signatários fossem parceiros igualitários na busca da paz política, do desenvolvimento econômico e do bem-estar social, com os fenômenos da transnacionalização dos mercados de insumos, bens e serviços e da interconexão do sistema financeiro em escala planetária, suas normas cada vez mais vão sendo interpenetradas pela *Lex Mercatoria* e pelo *Direito da Produção*. Com a assimetria do comércio global de bens e serviços, com o desnivelamento do “campo do jogo” da economia mundial e com as diferenças de poder de barganha e manipulação entre países, cada vez mais as empresas transnacionais têm a pretensão de se converter em sujeitos de Direito Internacional e assumirem uma posição de igualdade perante os Estados.

Como consequência, o caráter **público** do Direito Internacional acaba sendo progressivamente relativizado ou até mesmo inteiramente desfigurado, na medida em que muitos de seus dispositivos atendem e tutelam interesses específicos, de natureza privada, revestidos da forma “pública”. E os organismos multilaterais, por sua vez, especialmente aqueles com jurisdição sobre o comércio, finanças e serviços, operam com enorme opacidade e falta de transparência, revelando-se vulneráveis às grandes concentrações de poder econômico e a influências corporativas. É esse o caso da Organização Mundial do Comércio (OMC), em cujo âmbito muitas leis nacionais democraticamente elaboradas, aprovadas e

sancionadas, em matéria ambiental, sanitária ou de segurança alimentar, tendem a ser apontadas ou classificadas como “barreiras” ao livre comércio. Além disso, o princípio de que o comércio entre países deveria ser guiado por preços de mercado sempre foi atropelado pelas estratégias protecionistas dos países desenvolvidos, por meio de subsídios à sua agricultura, imposição de restrições, cotas e tarifas às importações e prática de *dumping* de seus produtos. Mas o exemplo mais emblemático dessa tendência é o projeto do Acordo Multilateral de Investimentos (AMI), que foi concebido com o objetivo de se converter na base normativa de um sistema político transnacional destinado a institucionalizar a subordinação do Estado às grandes corporações globais e a induzir os governos a assumir, como meta e princípio norteador de suas decisões, a maximização dos capitais privados (OCDE, 1998).

Em discussão desde 1995 na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e na Organização Mundial do Comércio, o projeto do AMI define as empresas como titulares exclusivas dos direitos que estabelece, ficando os governos nacionais com a obrigação de assegurar as condições de seu pleno exercício. Além disso, ele também garante indenizações aos investidores, caso eventuais intervenções governamentais limitem remessa de lucros, imponham restrições a determinadas operações financeiras, expropriem ativos e comprometam oportunidades de lucro. Pelo projeto, os governos perdem a prerrogativa de implementar e executar políticas ativas, como o estímulo a certas linhas de produção, o fomento ao desenvolvimento regional, a concessão de créditos preferenciais, o estabelecimento de medidas de proteção ambiental e a proteção a categorias específicas de trabalhadores (mulheres, jovens, velhos, pessoas com limitações físicas etc.). Nos litígios entre uma empresa e um Estado, a solução ficaria a cargo de arbitragem internacional. O projeto do AMI prevê ainda a hipótese de um Estado demandar com outro e de investidores demandarem com um Estado, mas não configura a possibilidade de um Estado demandar com um investidor. Ele também permite a formação de monopólios públicos e privados, mas com a condição de atuar

segundo “princípios comerciais”, obrigando as empresas estatais a adotar critérios mercantis e a abdicar de qualquer objetivo desenvolvimentista, promocional ou assistencial. O projeto chega, inclusive, a estabelecer mecanismos de “desmontagem”, por meio dos quais as políticas governamentais que não estiverem em conformidade com os valores e disposições do AMI seriam eliminadas progressivamente. Em suma: se já tivesse sido aprovado, esse acordo transformar-se-ia em norma básica de referência, passando os tratados bilaterais e multilaterais a ter apenas validade subsidiária. Nesse sentido, somente duas exceções são admitidas: as obrigações assumidas pelos Estados como signatários dos estatutos do Fundo Monetário Internacional (FMI) e as diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico- (OCDE).

Ainda no âmbito do Direito Internacional, as experiências de integração comercial regional e formação de um espaço econômico comum, como foi afirmado, abrem caminho para o surgimento de um sistema normativo novo, autônomo, distinto e superior às ordens jurídicas dos Estados – o Direito Comunitário. Ao contrário do Direito Internacional, formalmente resultante de negociações intergovernamentais, voltado à coordenação das soberanias e baseado na regra do consentimento, o Direito Comunitário se expande com o surgimento e adensamento das zonas de preferência tarifária, zonas de livre comércio, união aduaneira e união monetária – esta última compreendendo a noção de comunidade ou de uma associação com características de união de Estados, o que implica a constituição de uma entidade supranacional compreendendo órgãos executivos, deliberativos e normativos e exige dos Estados-membros uma reestruturação constitucional com a repartição de competências com vistas à criação de um “tratado-constituição”. Ao servir de base legal para a institucionalização de “mercados comuns”, onde circulam livremente bens, serviços, capitais e pessoas, esse direito tem como uma de suas características fundamentais a supranacionalidade. Além de seus efeitos especificamente econômicos, o Direito Comunitário, que não se confunde nem com o

direito interno dos Estados-nação nem com o Direito Internacional Público convencional, tem igualmente profundas implicações políticas e sociais. Forjado a partir das necessidades dos processos de constituição de mercados comuns e blocos econômicos, o Direito Comunitário tende a ser muito mais complexo, flexível, maleável e aberto do que o direito interno e o Direito Internacional, o que alimenta o processo de fragmentação acima mencionado.

A **oitava tendência** é de aumento no ritmo de regressão tanto dos direitos sociais quanto dos direitos humanos consagrados ou tutelados pelo direito positivo. Como estes últimos nasceram contra o Estado, para coibir sua interferência arbitrária na esfera individual, e como as garantias fundamentais somente conseguem ser instrumentalizadas de modo eficaz por meio do próprio poder público, do ponto de vista estritamente técnico-jurídico os direitos humanos correm o risco de acabar sendo enfraquecidos na mesma proporção e na mesma velocidade em que esse poder for comprometido pela relativização da soberania do Estado. Na prática, em outras palavras, uma vez que o “enxugamento” do Estado-nação e a retração da esfera pública reduzem sua cobertura legal e judicial, o alcance jurídico-positivo dos direitos humanos acaba sendo igualmente diminuído, o que implica, por consequência, uma redução ou um rebaixamento qualitativo da própria cidadania.

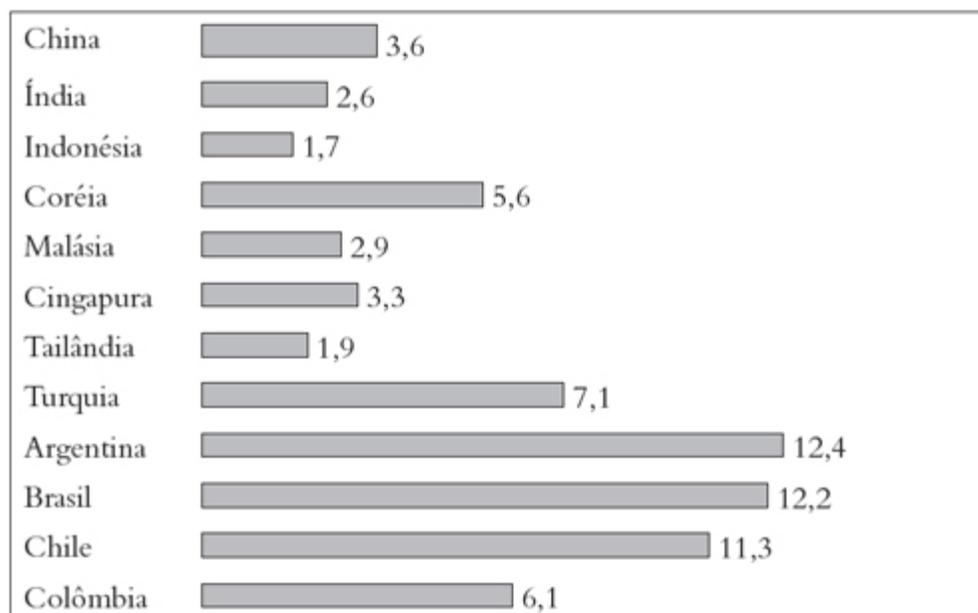
O mesmo acontece com os direitos sociais, cuja eficácia depende de orçamento em volume suficiente para financiar as políticas públicas necessárias à sua implementação. Esta é, como já foi dito antes, a condição *sine qua* de sua materialização (Santos, 1994, 1995 e 2001). Concebidos para se concretizar basicamente por meio de políticas governamentais de caráter compensatório e distributivo, os direitos sociais também têm sido mortalmente atingidos pelos processos de desformalização, deslegalização e desconstitucionalização; pela desregulação do mercado de trabalho; por cortes crescentes nas transferências de renda para aposentados, seguro-saúde e programas de assistência social, em nome da elevação das taxas de poupança; pela tendência – principalmente nos países asiáticos (Quadro 7) – de reduzir dispêndios com benefícios como

pensões, auxílio-desemprego e bolsa-família para aumentar a acumulação de capital físico; pela abdicação de determinadas funções públicas do Estado via privatização de serviços essenciais; pela negação da idéia de justiça distributiva via ação fiscal; e, por fim, pelo crescente condicionamento de todas as esferas da vida aos valores e regras do mercado, corroendo os fundamentos igualitários da própria democracia. Os princípios básicos e os padrões morais inerentes aos direitos humanos e aos direitos sociais – como a dignidade, a igualdade, a solidariedade e a inclusão econômica, por exemplo – estão levando a pior na colisão frontal com os imperativos categóricos da economia globalizada, como a produtividade e a competitividade levadas ao extremo no âmbito de mercados acirradamente disputados e cujas palavras de ordem são o menor custo de produção e o menor preço final.

### Quadro 7

#### AS ESCOLHAS DOS PAÍSES

GASTOS COM SEGURIDADE SOCIAL (1996) – EM %



**Fonte:** Organização Internacional do Trabalho (2003).

Na medida em que as obrigações públicas são progressivamente reduzidas ao conceito geral de mercadoria e convertidas em negócios privados, em que o papel de consumidor cada vez mais se sobrepõe ao de trabalhador, em que os titulares de um direito civil se transformam em meros consumidores de bens e serviços produzidos e/ou prestados pela iniciativa privada e, por fim, em que os titulares dos direitos sociais e dos direitos humanos de última-geração são reduzidos ao simples papel de “clientes”, o acesso a serviços essenciais – como educação, saúde, previdência, energia elétrica, água, telefonia etc. – passa a depender de contratos privados de compra e venda. E como este é um momento em que o emprego estável de qualidade na economia formal vai se reduzindo na mesma proporção em que aumentam o subemprego, a subcontratação, a terceirização, o trabalho informal, o trabalho sazonal, o trabalho por empreitada e o trabalho por conta própria sem qualquer proteção jurídica (OCDE, 1996; Eatwell, 1996; e Ferreira, 2001), quem está desempregado e/ou na informalidade tende naturalmente a ficar sem acesso ao mercado consumidor. Com isso, aqueles que não têm condições de comprar esses serviços básicos e aqueles que não têm como pagar por serviços já consumidos, ou seja, os “excluídos” e os inadimplentes no plano econômico, convertem-se também nos “sem-direitos” no plano jurídico, não mais parecendo como portadores de direitos subjetivos públicos.

A **nona** e última **tendência** é de prevalectimento do primado *Lei e Ordem* no âmbito do direito penal, seja por meio de uma crescente criminalização das condutas, maior repressão nos delitos com pequeno potencial ofensivo, aumento generalizado no rigor das punições, tipificação de delitos de perigo abstrato, conversão das penas privativas de liberdade em regra geral para qualquer comportamento delitivo e adoção de critérios mais flexíveis de interpretação de determinadas categorias jurídicas, seja por meio de uma pertinaz campanha de desqualificação de propostas alterna-

tivas, como é o caso, por exemplo, da defesa de um direito penal “mínimo” (em cujo âmbito a intervenção punitiva apenas se justifica no quadro de violações graves aos direitos fundamentais ou em face de uma demanda social insuperável que anule qualquer outra solução possível) (Baratta, 1999).

Essa tendência tem sido alimentada, por um lado, pela deterioração difusa do tecido social, pela criminalidade de massa, pela violência urbana, pela multiplicação dos espaços onde a autoridade estatal enfrenta dificuldades para se impor de modo efetivo. E, por outro, pela expansão, em ritmo de progressão geométrica, do terrorismo internacional e dos “impostos revolucionários”, da criminalidade organizada, dos ataques de quadrilhas a funcionários públicos e órgãos governamentais com o objetivo de abalar a segurança e as instituições, das operações de lavagem de dinheiro, das demais fraudes financeiras, da evasão fiscal e das migrações ilegais. São delitos que se caracterizam por seu caráter cada vez mais transnacional, na medida em que envolvem sofisticadas redes de transgressão, como tráfico de drogas e contrabando de armas e mercadorias. Embora as estatísticas a respeito não tenham maior confiabilidade por motivos naturalmente óbvios, a economia marginal constituída por essas redes resultaria num “Produto Criminoso Bruto” global estimado entre US\$ 800 bilhões e US\$ 900 bilhões – o equivalente ao Produto Interno Bruto da China (cf. *Valor Econômico*, edição de 9-10-2001).

Com a crescente articulação entre os recursos ilícitos captados por essas redes de transgressão e os circuitos bancários inter e transnacionais que deles se alimentam, em troca dos serviços e facilidades financeiras, um dos mais importantes princípios até agora predominantes no âmbito do direito penal, o da territorialidade, tende a ser relativizado. “O que não está no território está fora da lei do território” – eis, de modo esquemático, o que afirmavam os juristas ingleses, em oposição às teses de Puffendorf e Grocio, por ocasião da criação do Império Britânico. Desde então, até os anos 90 do século XX, a utilização de outros critérios para determinar a jurisdição penal que não o princípio da territorialidade foi admitida

apenas em termos excepcionais – como a repressão à pirataria, no decorrer século XVIII, ou a tentativa britânica de considerar o tráfico de escravos como um crime de caráter extraterritorial e, portanto, passível de ser combatido em qualquer parte do mundo e em qualquer tribunal, no século XIX.

Para obter maior eficiência no combate às novas formas de criminalidade e neutralizar a ameaça mundial comum decorrente da expansão da delinqüência multinacional e transnacional, os Estados passaram a reformular inteiramente seus esquemas de controle e prevenção dos delitos. O primeiro passo nesse sentido foi aumentar progressivamente o caráter repressivo de suas normas penais, esvaziando ainda mais o processo penal de suas feições garantistas e introduzindo novas categorias jurídicas (como, por exemplo, a possibilidade de executar uma ordem de confisco antes mesmo da sentença condenatória). Em seguida, ampliaram a jurisdição dos mecanismos e das instâncias de aplicação do direito criminal com o objetivo de oferecer uma resposta global a determinados tipos de delitos (o que é ilustrado pela competência dos tribunais belgas sobre o “genocídio de Ruanda”, que permitiu a esse país julgar, paralelamente ao Tribunal Internacional instituído para esse fim, crimes cometidos fora de seu território e independentemente da participação de seus nacionais, e pelo debate em torno da ampliação da competência de tribunais de alguns países europeus para abarcar a criminalização da mutilação genital feminina ocorrida quer no “território” de cada tribunal, quer fora dele). Depois, constituíram grupos *ad hoc* de governos com uma agenda comum em matéria de política de combate à lavagem de dinheiro obtido de modo criminoso (como é o caso do Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro, criado em 1989 por iniciativa dos países do G-7 e do então presidente da Comissão das Comunidades Europeias e expandido entre 1990 e 1999 com o ingresso dos países-membros da OCDE e de países semiperiféricos latino-americanos). E, por fim, assinaram acordos para uma atuação conjunta em termos continentais, passando a tratar a imigração como uma subcategoria das atividades catalogadas ao lado do terrorismo e do narcotráfico,

como forma de delinqüência internacional (o que é exemplificado pelo Acordo de Schengen, de 1985, pelas convenções de Dublin e Schengen, ambas de 1990, e pelas medidas de segurança adotadas após os atentados às torres do World Trade Center e ao Pentágono, em 11 de setembro de 2001, aos trens de subúrbio de Madrid, em 11 de março de 2003, e às estações de metrô em Londres, em 7 de julho de 2005).

Um dos principais problemas dessa estratégia, no entanto, está no comprometimento dos direitos civis e das liberdades públicas constitutivas das democracias modernas, além da extrema perversidade de suas implicações sociais. Isso porque, no limite, controles punitivo-repressivos com essas características já não teriam como alvo sujeitos individuais, mas sujeitos coletivos, que passam a ser tratados institucionalmente como grupos disfuncionais – portanto, geradores em potencial de problemas. Em outras palavras, trata-se de pessoas sem nome e sobrenome, na medida em que são consideradas como simples “categoria”. Essa política de ênfase à harmonização legal e à eficiência punitivo-repressiva encerra assim o risco de criminalizar sumariamente os marginalizados, do ponto de vista socioeconômico, sem qualquer objetivo mais consistente de disciplina, de recuperação e de ressocialização no âmbito especificamente penal (Adorno, 1996). Desprovidos de qualquer outro reconhecimento no âmbito de uma sociedade que superestima o individualismo possessivo e competitivo, na mesma proporção em que também despreza os derrotados e os fracassados, conforme se viu na tendência anterior, os “excluídos” foram duramente atingidos pela revogação dos monopólios públicos, pelos programas de ajuste e leis de “responsabilidade fiscal”, pela privatização dos serviços essenciais, pela subsequente conversão do “cidadão” em simples “consumidor” e pela desconstitucionalização e deslegalização dos direitos sociais. No entanto, isso em hipótese alguma significa que eles – ou seja, os “sem-direito” – estejam dispensados das obrigações e responsabilidades estabelecidas pela ordem jurídica.

Como no âmbito da economia transnacionalizada, a produtividade vem sendo obtida, entre outros fatores, à custa da degradação

salarial, da rotatividade no emprego, do aviltamento das relações trabalhistas, da utilização da mão-de-obra migrante como estratégia de achatamento do nível médio de remuneração da mão-de-obra nacional, da informatização da produção e do subsequente fechamento dos postos convencionais de trabalho, a imbricação entre a marginalidade econômica e a marginalidade social faz com que as novas formas de criminalidade deixem de ser um simples *problema de força* para se converter numa *questão de poder*. Se o problema da força envolve apenas a capacidade de repressão, a questão do poder implica a formação de complexas e intrincadas redes sociais, com a submissão, o consentimento, a cumplicidade e a colaboração de comunidades inteiras, principalmente aquelas cuja população é formada por enormes contingentes de excluídos da economia formal, o que amplia o desafio do combate ao crime organizado e transterritorial.

Por isso, obrigado a reformular seus esquemas de controle e prevenção dos delitos para enfrentar esse desafio, o Estado também acabou tendo de incorporar no âmbito de suas políticas penais as situações e os problemas criados tanto pela deslegalização e desconstitucionalização dos direitos sociais quanto pela ausência de políticas públicas formuladas com propósitos redistributivos e compensatórios. Criminalizando essas situações e esses problemas com apoio difuso de uma sociedade compreensivelmente assustada com o aumento da violência urbana e por anseios de ordem pública e segurança coletiva vocalizados de modo muitas vezes demagógico pela mídia, bem como agindo sob pressão dos países centrais empenhados em declarar guerra aberta ao cultivo de ópio, cocaína e heroína e ao refino e tráfico de drogas nos países periféricos, os Estados semiperiféricos – como é o caso do Estado brasileiro – passaram a desconsiderar os fatores políticos, socioeconômicos e culturais inerentes aos comportamentos definidos como transgressores por seu “novo” direito penal.

Deste modo, enquanto nos demais ramos do direito positivo vive-se uma fase de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, no âmbito do direito penal verifica-se

justamente o inverso. Ou seja: sua instrumentalização com vistas a fins claramente políticos, mediante a criminalização de várias atividades e comportamentos em inúmeros setores da vida social; a eliminação dos marcos mínimos e máximos na imposição das penas de privação de liberdade, para aumentá-las indiscriminadamente; a relativização dos princípios da legalidade, da tipicidade da lesividade e da imputação de responsabilidade individual, por meio da utilização de regras com conceitos deliberadamente indeterminados e ambíguos, ampliando extraordinariamente a discricionariedade das autoridades policiais e, com isso, permitindo-lhes invadir esferas de responsabilidade do Poder Judiciário; e, por fim, a redução de determinadas garantias processuais, pela substituição de procedimentos acusatórios por mecanismos com feições inquisitórias, dos quais o melhor exemplo é o progressivo desfiguramento do princípio da presunção de inocência e a subsequente possibilidade de inversão do ônus da prova, passando-se a considerar culpado quem não provar sua inocência. No limite, o que se tem aqui é uma espécie de direito penal "máximo", cuja idéia central é que nenhum culpado permaneça impune à custa da incerteza de que algum inocente possa ser punido (ao passo que o direito penal "mínimo" propõe a construção de um sistema destinado a fazer com que nenhum inocente seja unido à custa de que algum culpado não o seja).

1 Para se ter idéia da importância desta última matéria, o valor total envolvido em fusões e incorporações realizadas no mundo todo passou de US\$ 850 bilhões, em 1995, para US\$ 3,861 trilhões, em 2006 (cf. **Valor Econômico**, edição de 28-6-2007).

## 7 CONCLUSÃO

Quanto ao futuro do direito e seu impacto na formação dos profissionais da área, problema apresentado no final do Capítulo 4, a resposta depende do alcance do pluralismo jurídico e das novas fontes formais e materiais de direito. Evidentemente, ela também está condicionada pelo estilhaçamento dos espaços políticos e sociais anteriormente unidos pelos mecanismos coercitivos das instituições estatais – fenômeno esse ocorrido na dinâmica de um processo de globalização mais parcial e excludente do que simétrico e inclusivo, como se viu ao longo destas páginas, e que hoje atravessa uma ampla e profunda crise situada nos interstícios da macroeconomia mundial (dinheiro, câmbio e balança de pagamentos) e do sistema financeiro globalizado (fragilidade do setor bancário, interrupção dos fluxos de capital e restrição de crédito), afetando a produção, o emprego e as exportações.

Com a redução do tamanho e do alcance do direito positivo, a crescente fragmentação do Direito Internacional, a emergência do Direito da Integração Regional ou “Direito Comunitário”, o surgimento de um *Direito da Produção* e de uma *Lex Digitalis*, o ressurgimento da *Lex Mercatoria*, a proliferação de normas técnicas padronizadoras produzidas por organismos multilaterais, o advento de mecanismos arbitrais que procuram retirar dos próprios contratos os critérios de verificação de sua validade, a sobreposição de tribunais supranacionais e internacionais aos tribunais nacionais e o *direito marginal*,<sup>1</sup> a ordem jurídica contemporânea encontra-se inexoravelmente fragmentada em diferentes sistemas normativos independentes e, por vezes, colidentes entre si? Ou, pelo contrário, existirá entre eles a possibilidade de algum tipo de sincronia ou de um denominador comum? Se a resposta for afirmativa, como ocorre, então, o enlace ou “engate” estrutural entre esses sistemas?

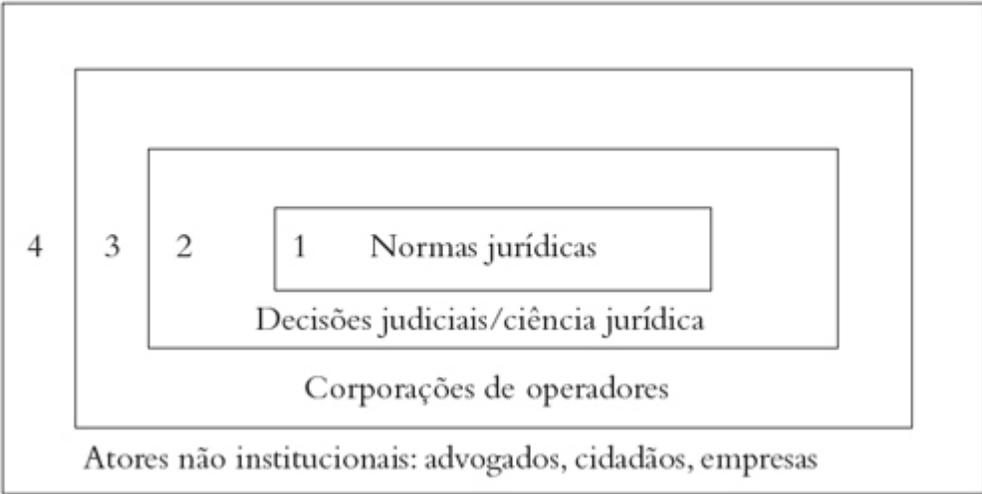
Pondo-se a questão em outros termos, esses sistemas normativos são autônomos em termos absolutos, cada um sendo eficaz no

espaço geográfico ou setorial que é capaz de regular? Ou será possível esperar o aparecimento de mecanismos jurídicos de referência recíproca, uma espécie de “direito de 2º grau” ou de um “direito dos direitos”, capaz de estabilizar expectativas, gerar confiança e manter a cooperação entre atores, em suma, um direito de caráter mais procedimental do que substantivo, com normas de reconhecimento, mudança e adjudicação em condições de promover algum tipo de ligação lógica e sistêmica entre eles? Neste caso, em que termos podem ser formuladas regras e princípios jurídicos capazes de oferecer um mínimo de coerência a esse cenário de pluralismo normativo?

Diante dessas indagações e das rupturas epistemológicas a ela inerentes, o problema é saber se podemos continuar agindo e pensando com base em padrões, categorias, conceitos e instrumentos analíticos que privilegiam o formalismo jurídico – em suma, com base nos modelos teóricos do paradigma normativista até hoje prevalecente nas faculdades de direito mais tradicionais do País, baseados na ênfase à unidade entre Estado e direito positivo e no levantamento sistemático da legislação, da jurisprudência e da doutrina predominante nos tribunais. Modelos teóricos são construções lógicas desenvolvidas para dar conta, analiticamente, de problemas, questões e conjunturas específicas. Por isso, eles precisam de reformas, ajustamentos, adaptações, complementações e cortes que mantenham sua validade explicativa e seu rigor analítico. Todavia, em nossos meios jurídicos, como é sabido, ainda predomina uma cultura essencialmente formalista que (a) insiste em associar o direito a um sistema fechado e racional de normas produzido por um legislador idealizado e (b) não costuma indagar se os sujeitos de direito cumprem ou não as normas, o motivo pelo qual o fazem e, menos ainda, se dessa conduta resultam efeitos desejados sobre a realidade. Trata-se de uma formação dogmática, de viés quase exclusivamente forense (Quadro 8), que chega a ser constrangedoramente singela quando contrastada com o grau de complexidade do universo normativo do mundo globalizado e dos

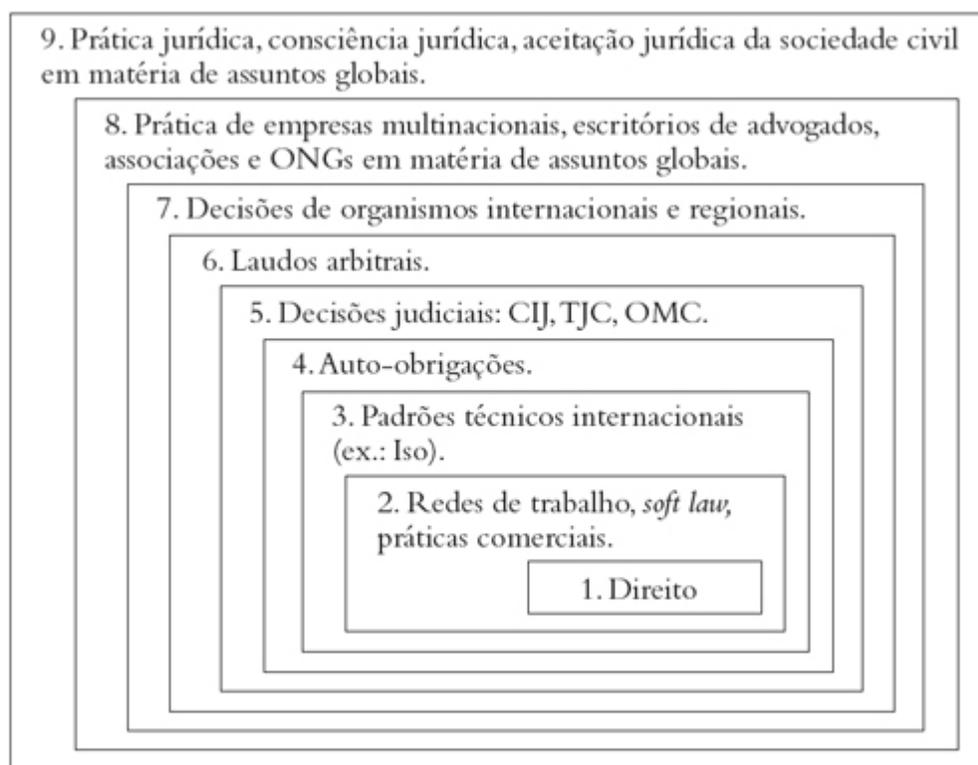
níveis de formação, qualificação e especialização hoje exigidos no mercado de trabalho dos operadores do direito (Quadro 9).

**Quadro 8**



**Fonte:** V. Gessner (2005).

**Quadro 9**



**Fonte:** V. Gessner (2005).

Nas faculdades de direito, atualmente, até certo ponto vive-se algo não muito diferente do que vem ocorrendo há algum tempo em algumas faculdades de economia. Ou seja: um crescente distanciamento da realidade por parte da teoria econômica atualmente nelas ensinada – processo esse que, segundo dois argutos e conhecidos críticos, seria comparável apenas ao grau de isolamento alcançado pelo pensamento escolástico nos tempos medievais (Heilbroner e Milberg, 1986). A exemplo do que aconteceu com a teoria do direito após o início da hegemonia dos paradigmas formalista e normativista, com a expansão da econometria a teoria econômica teria sido quase inteiramente tomada por visões parciais do mundo e por abstrações e modelizações matemáticas dos mercados, com pouca ou nenhuma relevância – inclusive ética e moral – para o entendimento das contingências do mundo real. Como consequência, o hiato entre

essa teoria e a realidade tornou-se cada vez mais flagrante, levando as faculdades de economia, fechadas em seu "mundo imaginário", a uma percepção equivocada não apenas de seu meio ambiente, mas, também, do próprio objeto de seu ensino e do mercado de trabalho.

No caso específico das faculdades de direito, que se preocupam somente com os problemas do universo normativo, a partir dos conceitos e categorias da unidade, sistematicidade e completude do ordenamento jurídico, o hiato se dá entre competência jurídica e poder real de decidir. Mais precisamente, ele se dá entre uma condição jurídica de validade normativa (ou seja, que as normas sejam formalmente ditadas pelo órgão que tem competência para tanto) e uma questão de fato relativa aos campos de força que estabelecem que essa decisão tenha determinado conteúdo e não outro. Por isso, a questão de saber se as faculdades de direito podem continuar agindo e pensando somente com base nos paradigmas de caráter normativista parece não ter, em face do que foi tudo aqui exposto, condições de ser respondida afirmativamente. Pelo contrário, as crescentes dificuldades enfrentadas pelos cursos jurídicos para acompanhar e compreender a evolução da complexidade social, econômica, política e cultural, o vazio intelectual como resposta às realidades emergentes e aos problemas delas resultantes, a incapacidade de tentar pensar o impensado, as mudanças ocorridas, quer no arcabouço, quer no próprio conteúdo dos sistemas legais, e a crise generalizada dos direitos induzem a uma resposta negativa. No entanto, quais seriam as alternativas possíveis para esses paradigmas? E, não menos importante do que a indagação anterior, como revitalizar um ensino jurídico que, organizado com base em paradigmas exauridos em seu potencial analítico-descritivo e cada vez mais incapazes de dar conta das contingências da realidade, de há muito já teriam perdido seu papel de transmissor não só de valores científicos, mas até mesmo de seus valores funcionais, levando os confrontos doutrinários a se converterem em verdadeiros campos de batalhas profissionais e de guerras acadêmicas (Dezalay e Garth, 1997)?

À luz do fenômeno da transnacionalização dos mercados e das configurações histórico-sociais e jurídico-institucionais por ele produzidas, como a progressiva perda de autonomia dos Estados na fixação de suas agendas decisórias e a crescente impotência dos governos, seja para impor limites ao jogo econômico (uma das razões apontadas para a avassaladora crise financeira de 2008, a maior após a Grande Depressão dos anos 20 e do *crash* da bolsa de Nova York em 1929), seja para formular políticas em nome do interesse geral, muitos são os defensores de uma educação jurídica despolitizada e despolitizadora (Riefkohl, 1995). Ou seja, de um ensino legal estruturado de modo acrítico, que se limite a acompanhar as tendências de mudança das instituições de direito aqui analisadas e a emergência de novos centros de produção normativa como um peregrino no caminho de Santiago, convertendo seus formandos em profissionais capazes de servir à lógica mercantil e à racionalidade gerencial subjacentes aos imperativos da economia globalizada com o mesmo fervor com que um pastor evangélico busca o dízimo do rebanho. Em menor número, outros, questionando tanto as formas estabelecidas de conhecimento quanto as de vida coletiva existentes e com o olhar voltado quer para os novos processos de dominação política quer para as novas estruturas de acumulação e apropriação de riquezas privadas, em cujo âmbito se produzem identidades, desigualdades e contradições, caminham em linha diametralmente oposta. Preocupados em fazer uma crítica a um só tempo epistemológica e social, estes últimos procuram identificar o fenômeno jurídico a partir da totalidade do período histórico que o determinou, defendendo, inclusive, a “repolitização” da educação jurídica com o objetivo de convertê-la num campo imaginativo, numa estratégia hermenêutica e numa prática social capazes de desenvolver possibilidades emancipatórias de cidadania e formas institucionais alternativas de pluralismo econômico, social e político (Unger, 1999; Santos, 1999 e 2001).

No primeiro caso, o direito tem sido visto como um conhecimento de natureza eminentemente técnico-instrumental, baseado numa ética de eficiência – e o que se espera dos juristas e doutrinadores,

nessa perspectiva, é apenas e tão-somente que forneçam o ferramental teórico e o suporte prático necessários tanto à sua operação quanto à sua justificação. No segundo caso, o direito tem sido concebido como instrumento de “ativismo legal transnacional”,- de emancipação e promoção de inclusão social, de garantia da autonomia do “mundo da vida” com relação ao “mundo da moeda”,- de recusa do “pensamento único” expresso por um globalismo unidimensional e economicista, de fortalecimento de uma esfera pública pluralista, de reinvenção dos espaços de cidadania e participação, de constituição de modos de vida livremente compartilhados, de reafirmação dos valores republicanos da liberdade, da igualdade, da solidariedade e da justiça social, e, por fim, como foi entreaberto pelo capítulo anterior deste livro, de contenção dos ímpetus da acumulação desenfreada de riqueza privada e da própria lógica dos mecanismos e sistemas crescentemente abstratos do dinheiro.

Diante do atual cenário de transformações arquitetônicas no universo do direito, com sua crescente gama de instituições judiciais estatais e para-estatais, de emergência de novos padrões de regulação legal, nos quais valores e princípios tendem a ter mais importância do que estruturas e formas, e do advento de novas funções e especializações para os operadores jurídicos, quais são as possibilidades que cada um desses “pré-paradigmas” efetivamente têm de tomar o lugar até recentemente ocupado de modo hegemônico pelo formalismo e pelo normativismo nas faculdades de direito? Quais são as condições de exequibilidade dessas propostas no âmbito de um ensino jurídico de caráter cada vez mais “autista”, flagrantemente opaco, analiticamente embotado, avesso a reflexões críticas e especulativas e incapaz de exercer um papel útil como intérprete das perspectivas humanas? Responder essas indagações nos conduz a uma outra discussão tão ou mais complexa e escorregadia do que a que foi aqui travada com todos os riscos decorrentes da excessiva simplificação da complexidade dos fenômenos analisados.

1 Ou seja, a normatividade autoproduzida em guetos socialmente segregados e degradados, como a hoje vigente nos morros e favelas do Rio de Janeiro, São Paulo e demais grandes cidades brasileiras, nos cinturões quarto-mundializados das cidades do México, Bogotá e Lima, nas periferias degradadas de Caracas, Buenos Aires, Jacarta e Joahnesburg, nos bairros étnicos de Los Angeles, Londres, Bruxelas, Berlim e Hamburgo ou nos explosivos *banlieues* franceses.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio (1996). **A gestão urbana do medo e da insegurança**: violência, crime e Justiça Penal na sociedade brasileira contemporânea. São Paulo: FFLCH/USP (tese de livre-docência).

AGLIETTA, Michel (1998). Lidando com o risco sistêmico. **Economia e sociedade**, Campinas: Unicamp/Instituto de Economia, n. 11.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do (2006). **A solução de controvérsias na Organização Mundial do Comércio e a aplicação do direito internacional**. São Paulo: FDUSP (tese de concurso).

ARNAUD, André-Jean (1998). Les transformations de la régulation juridique et la production du droit. *In*: CLAM, Jean; MARTIN, Gilles (Orgs.). **Les transformations de la régulation juridique**. Paris: LGDJ, [s.d.].

ARRIGHI, Giovanni (2003). Globalização e macrosociologia histórica. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 20.

ARRIGHI, Giovanni; SILVER, Beverly J. *et al.* (2001). **Caos e governabilidade no moderno sistema mundial**. Rio de Janeiro: Contraponto/Universidade Federal do Rio de Janeiro.

BANCO MUNDIAL (1994). **Relatório sobre o desenvolvimento mundial**: infra-estrutura para o desenvolvimento. Washington, versão em português publicada pela Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

BANCO MUNDIAL (1997). **Relatório sobre o desenvolvimento mundial**: o Estado num mundo em transformação. Washington, versão em português publicada pela Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

BANCO MUNDIAL (2001). **World Development Report**: building institutions for markets. Washington: Oxford University Press.

BARATTA, Alessandro (1999). Droits de l'Homme et politique criminelle. **Déviance et Société**, Paris, v. 23, n. 3.

BENDIX, Reinhard (1977). **Nation-Building and Citizenship: studies of our changing social order.** Berkeley: University of California Press.

BERIAIN, Josetxo (2000). Genealogia sociológica de la contingencia: del destino dado meta-socialmente al destino producido socialmente. *In: Ramon Ramos Torre e Fernando Garcia Selgas (Orgs.).* **Globalización, riesgo, reflexividad:** tres temas de la teoría social contemporánea. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

BOY, Laurence (1988). La valeur juridique de la normalisation. *In: Jean Clam e Gilles Martin (Orgs.).* **Les transformations de la régulation juridique.** Paris: LGDJ.

BRENNER, Eduardo (2001). Por que crescem as bolsas no mundo. **Revista Bovespa,** São Paulo, maio/junho.

CAMARGO, José Márcio (1993). Contrato coletivo e flexibilidade do mercado de trabalho. **O Estado de S. Paulo,** edição de 22 de fevereiro.

CAMPILONGO, Celso Fernandes (2001). **Política, direito e decisão judicial:** uma redescritção a partir da teoria dos sistemas, São Paulo: PUC/Max Limonad.

CAMPILONGO, Celso Fernandes (Org.) (2004). **A democracia global em construção.** Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (1998). **Direito constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (2006-a). Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *In: "Brancos" e interconstitucionalidade:* itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (2006-b). O direito constitucional na encruzilhada do milênio: de uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida. *In: "Brancos" e interconstitucionalidade:* itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina.

CHEVALIER, Jacques (1987). Les enjeux de la dérèglementation. **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger**, v. 103, n. 2.

CHEVALIER, Jacques (2005). A governança e o direito. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 3, n. 12.

DAKOLIAS, Maria (1999). **Iniciatives in Legal and Judicial Reform**, Washington, The International Bank for Reconstruction and Development, n. 7.

DAKOLIAS, Maria; BUSCAGLIA, Edgardo (1999). **Comparative International Study of Court Performance Indicators: a descriptive and analytical account**. Washington DC: The International Bank for Reconstruction and Development.

DAKOLIAS, Maria; SAID, Javier (1999). **Judicial Reform: a process of change through pilot courts**. Washington DC: The International Bank for Reconstruction and Development.

DELMAS-MARY, Mireille (2006). Droit pénal et mondialisation. *In: Le Champ Penal (Mélanges en l'honneur du professor Reynald Ottenhof)*. Paris: Dalloz.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant (1995). Merchants of Law as moral entrepreneurs: constructing international Justice from the competition for transnational business disputes. **Law & Society Review**, v. 29, n. 1.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant (1996). **Dealing in virtue: International Commercial Arbitration and the construction of a transnational legal order**. Chicago: The Chicago University Press.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant (1997). Political Crises as Professional Battlegrounds: Technocratic and Philanthropic Challenges to the Dominance of the Cosmopolitan Lawyer-Statesman in Brazil. Capítulo do projeto **Global Palace Wars: lawyers and the destructive creation of the State**.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant (2000). A dolarização do conhecimento técnico profissional e do Estado: processos transnacionais e questões de legitimação na transformação do

Estado. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 15, n. 43.

DINIZ, Eli (2000). A busca de um novo modelo econômico: padrões alternativos de articulação público-privado. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 14.

DWORKIN, Ronald (1991). **Taking Rights Seriously**, London, Duckworth.

EATWELL, J. (1996). Unemployment on a World Scale. *In*: J. Eatwell (Org.). **Global Unemployment: loss of jobs in the 90s**. New York: M. E. Sharpe.

FARRELL, Diana; LUND, Susan (2000). The end of monetary sovereignty. *In*: **The McKinsey Quarterly**. Washington DC.

FERREIRA, António Casimiro (2001). Para uma concepção decente e democrática do trabalho e dos seus direitos: (re)pensar o direito das relações laborais. *In*: Boaventura Santos (Org.). **Globalização: fatalidade ou utopia?**, Porto: Afrontamento.

FERREIRA, António Casimiro (2005). **Trabalho procura Justiça: os tribunais de trabalho na sociedade portuguesa**. Coimbra: Almedina.

FIORI, José Luís (2002). Melhor olhar de frente. **Carta Capital**, São Paulo, edição de 26 de junho.

FLOOD, John (1996). Megalawyerism in the global order: the cultural, social and economic transformation of legal practice. **International Journal of the Legal Profession**, Oxford, v. 3, n. 1-2.

GARCIA JÚNIOR, René (2004). Uma globalização excludente. **Valor Econômico**, edição de 27 de dezembro.

GESSNER, Volkmar (1996). The institutional framework of cross-border interaction. *In*: V. Gessner (Org.). **Foreign Courts: civil litigation in foreign legal cultures**. Dartmouth: Aldershot.

GESSNER, Volkmar (2005). **Self-governance and law in multinational corporation and transnational business network**. Oñati, International Institute for Sociology of Law.

GILL, Stephen (1997). **Analysing new forms of authority: new constitutionalism, panopticism and market civilization**. *Paper*

apresentado no seminário sobre "Non-State Actors and Authority in the Global System", organizado pelo Centre for the Study of Globalisation and Regionasation da University of Warwick, Coventry.

GORMAN, Elizabeth H. (1999). Moving away from "up or out": determinants of permanent employment in law firms. **Law & Society Review**, Amherst, v. 33, n. 3.

HABERMAS, Jürgen (1994). Citizenship and national identity. *In*: B. von Steenberg (Org.). **The Condition of Citizenship**. London: Sage.

HABERMAS, Jürgen (2001). **A constelação pós-nacional**. São Paulo: Littera Mundi.

HEILBRONER, Robert; MILBERG, William (1986). **The Crisis of Vision in Modern Economic Thought**. Cambridge: Cambridge University Press.

HELD, David (1997). **Democracy and the Global Order**: from the Modern State to Cosmopolitan Governance. Cambridge: Polity Press.

HELD, David (2004). Democratic accountability and political effectiveness from a cosmopolitan perspective. **Government and Opposition**, n. 39.

HELD, David; MCGREW, Anthony (2000). **Prós e contras da globalização**. Rio de Janeiro: Zahar.

HÖLAND, Armin (1993). L'évaluation législative comme auto-observation du droit et de la société. *In*: Charles-Albert Morand (Org.). **Évaluation Législative et Lois Experimentales**, Marseille: Press Universitaires D'Aix-Marseille.

INNERARITY, Daniel (2002). **La transformación de la política**. Barcelona, Ed. Península.

JESSOP, Bob (2002). **The future of the Capitalist State**. Cambridge: Polity.

JESSOP, Bob (2003). **Narrating the Future of National Economy and the National State? Remarks on remapping regulation and reinventing governance**. Lancaster: Department of Sociology, Lancaster University, LA14YN.

KERSTENETZKY, Célia Lessa (2005). **Políticas sociais: focalização ou universalização?**, Niterói: Universidade Federal Fluminense, Texto para Discussão n. 180.

KIRAT, Thierry; SÉRVERIN, Evelyne (2000). **Le droit dans l'action économique**. Paris: CNRS Éditions.

KOSE, M. Ayhan; PRADAD, Eswar; ROGOFF, Kenneth; WEI, Shang-Jin (2007). Globalización financeira – más allá de la culpabilización. **Finanzas y Desarrollo**, Washington, Fondo Monetário Internacional, v. 44, n. 1.

LADEUR, Karl-Heinz (1999). **The theory of autopoiesis as an approach to a better understanding of post modern law: from the hierarchy of norms to the heterarchy of changing patterns of legal *inter-relationships***, Fiesole (FI), European University Institute, EUI Working Paper on Law, n. 99/3.

LAPORTA, Francisco J. (2006). Globalización y império de la ley: algunas dudas. **Anuário de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, Madrid, UAM/Boletín Oficial del Estado, n. 9, número temático sobre direito e globalização.

LEHMKUHL, Dirk von (2000). **Commercial arbitration: a case of private transnational self-governance?**, Bonn, Max-Planck Institute, Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie, n. 1.

LY, Filip (1999). **Lex Mercatoria (New Law Merchant): globalization and international self-regulation**. *Paper* apresentado no seminário The Legal Culture of Global Business Transactions, promovido em Onãti, entre 17 e 19 de junho, pelo International Institute for Sociology of Law.

MACEDO Jr., Ronaldo Porto (1999). **Contratos relacionais e proteção do consumidor**. São Paulo: Max Limonad.

MACNEIL, Neil (1987). Relational contract – Theory as Sociology. **Journal of Institutional and Theoretical Economics**, n. 143.

MAJONE, Giandomenico (2006). Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de

governança. *In:* Paulo Todescan Lessa Mattos (Org.). **Regulação econômica e democracia**. Singular.

MICHAELS, Ralf (2003). The Re-Statement of Non-State Law (The State, Choice of Law and the Challenge from Global Legal Pluralism). **Wayne Law Review**.

MOREIRA, Vital (2001). Constituição e democracia na experiência portuguesa. *In:* Antonio G. Moreira Maués (Org.). **Constituição e democracia**. São Paulo: Universidade Federal do Pará/Max Limonad.

NYE, Joseph S.; DONAHUE, John D. (2000). **Governance in a Globalizing World**. Washington: Brookings Institution Press.

OCDE (1996). **Globalization and linkages to 2020: can poor countries and poor people prosper in the new global age?**, Paris.

OCDE (1998). **Accord Multilatéral sur l'Investissement**. Paris, Direction des Affaires Financières, Fiscales et des Entreprises de la OCDE.

OST, François (1998). Les temps virtuel des lois pots-modernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information. *In:* Jean Clam e Gilles Martin (Orgs.). **Les transformations de la régulation juridique**. Paris: LGDJ.

PICCIOTTO, Sol (2007). **Law and legitimacy un multi-level governance**. Warwick: Centre for Globalisation and Regionalism, Warwick University.

PINHEIRO, Armando Castelar (2000). Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual e O Judiciário e a economia: evidência empírica para o caso brasileiro. *In:* Armando Castelar Pinheiro (Org.). **Judiciário e Economia no Brasil**. São Paulo: Sumaré.

POLANYI, Karl (2001). **The great transformation**. Boston: Beacon Press.

PORTER, Michel E. (1998). Clusters and the new economics of competition. **Harvard Business Review**, Boston, nov./dez., special issue.

RANGEON, François (1998). Contrat et décentralisation: de nouvelles formes de régulation au plan local. *In:* Jean Clam e Gilles Martin

(Orgs.). **Les transformations de la régulation juridique**. Paris: LGDJ.

RIEFKOHL, Alberto Bernabe (1995). Tomorrow's Law Schools: globalization and legal education. **San Diego Law Review**, v. 32, n. 137.

ROULAND, Norbert (1988). **Anthropologie juridique**. Paris: PUF.

SAND, Inger-Johanne (1997). **Fragmented law – from unitary to pluralistic legal system (a socio-legal perspective of post national legal systems)**. University of Oslo, Department of Public and International Law.

SAND, Inger-Johanne (2000). **Changing forms of governance and the role of law: society and its law**. Oslo: Arena Working Papers 00/14.

SAND, Inger-Johanne (2002). **Changes in the organization of the public administration and in the relations between the public and the private sectors: consequences of the evolution of Europeanization, globalisation and risk society**. Oslo: Arena Working Papers 02/4.

SAND, Inger-Johanne (2004). Polycontextuality as an alternative to constitutionalism. *In: Christian Joerges, Gunther Teubner e Inger-Johanne Sand (Orgs.). **Transnational Governance and Constitutucionalism***. Oxford: Hart Publishing.

SANTOS, Boaventura (1994). **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. Porto: Afrontamento.

SANTOS, Boaventura (1995). **Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition**. London/New York: Routledge.

SANTOS, Boaventura (1996). **The GATT of law and democracy: (mis)trusting the global reform of courts**. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra.

SANTOS, Boaventura (1999). Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. *In: Maria Célia Paoli (Org.). **Os sentidos da democracia***. Petrópolis: Vozes.

SANTOS, Boaventura (2001). Os processos da globalização. *In:* Boaventura Santos (Org.). **Globalização: fatalidade ou utopia?**. Porto: Afrontamento.

SANTOS, Boaventura; MARQUES, Maria Manuel L.; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro L. (1996). **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Porto: Afrontamento.

SASSEN, Saskia (2004). De-Nationalized State agendas and privatized norm-making. *In:* Karl-Heinz Ladeur (Org.). **Public governance in the age of globalization**. Aldershot: Ashgate Publishing.

SCHEUERMAN, William E. (1999). Economic globalization and the rule of law. **Constellations**, Oxford, v. 6, n. 1.

SCHUMPETER, Joseph A. (1961). **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura Econômica.

SILVA JR., Ronaldo Lemos (2004). **O direito derivado da tecnologia**: perspectivas globais e sociais e caminhos estratégicos. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SLAUGHTER, Anne-Marie (2003). Breaking out: the proliferation of actors in the international system. *In:* Yves Dezalay e Bryant Garth (Orgs.). **Global Legal Prescriptions: the production and exportation of a new State orthodoxy**. University of Michigan Press.

SLAUGHTER, Anne-Marie (2004). Global Government Networks, Global Information Agencies and Disaggregated Democracy. *In:* Karl-Heniz Ladeur (Org.). **Public governance in the age of globalisation**. Alersshot: Ashgate Publishing.

STEFFEK, Jens (2004). Sources of legitimacy beyond the State. *In:* Christian Jorges, Gunther Teubner e Inger-Johanne Sand (Orgs.). **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford: Hart Publishing.

STEIL, Benn (2006). **Financial Times**, edição de 22 de janeiro.

STIGLITZ, Joseph (2001). Prefácio à segunda edição da versão inglesa do clássico de Karl Polanyi, **The great transformation**.

Boston: Beacon Press.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn (1997). The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. *In: **The global expansion of judicial power***. New York: New York University Press.

TEUBNER, Gunther (1987). **Juridification of Social Spheres**: a comparative analysis in the areas of labour, corporate, antitrust and Social Welfare Law. Berlin: Walter de Gruyter.

TEUBNER, Gunther (2000). Contracting Worlds: the many autonomies of Private Law. **Social & Legal Studies**, Cambridge, v. 9, n. 3.

TRACHTMAN, Joel P. (2004). International trade as a vector in domestic regulatory reform: discrimination, cost-benefit analysis and negotiation. *In: Karl-Heinz Ladeur (Org.). **Public governance in the age of globalization***. Aldershot: Ashgate Publishing.

TRUBEK, David M., DEZALAY, Ives *et al.* (1993). **Global restructuring and the law**: the internationalization of legal fields and creation of transnational arenas. Madison: University of Wisconsin Law School (mimeo).

TRUBEK, David M.; MOSHER, Jim (2000). **Multi-dimensional governance, the new economy and the changing nature of work in Europe**, Madison, University of Wisconsin Law School (mimeo).

TRUBEK, David M., COTTERRELL, Patrick e NANCE, Mark (2005). **Soft law, hard law and European integration**: toward a theory of hybridity. Madison: University of Wisconsin Law School.

TRUBEK, David M.; TRUBEK, Louisie (2007). **New governance and legal revolution**: complementarity, rivalry or transformation. Madison: University of Wisconsin Law School.

UNCTAD (1999, 2004 e 2006). **World investment report**. Genebra.

UNGER, Roberto Mangabeira (1999). **Democracia realizada**: a alternativa progressista. São Paulo: Boitempo.

UPRIMNY, Rodrigo; RODRIGUEZ, César; GARCIA, Maurício (2006). **Justicia para todos?** Sistema judicial, derechos sociales y democracia em Colômbia. Bogotá: Grupo Editorial Norma.

VESTING, Thomas (2004). The autonomy of law and the formation of network standards. **German Law Journal**, v. 5, n. 6.

WALLERSTEIN, Immanuel (2000). Globalization or the age of transition: a long-term view of the trajectory of the World-System. **International Sociology**. London: Sage/International Sociological Association (ISA), v. 15, n. 2.

WILLKE, Helmut (1986). The tragedy of the State: prolegomena to a theory of State in polycentric society. **ARSP-Archiv für Rechts und Sozialphilosophie**, Stuttgart, v. LXXXII.

WILLKE, Helmut (2007). **Smart governance**: governing the global society. Frankfurt/New York: Campus Verlag.