V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

ANA PAULA BASSO

OSCAR SARLO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314
Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Ana Paula Basso, Oscar Sarlo – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-275-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Teorias do direito. 3. Realismo jurídico. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

As pesquisas apresentadas no Grupo de Trabalho Teorias do Direito e Realismo Jurídico, no V Encontro Internacional do CONPEDI, em Montevidéu, no Uruguai, reunindo brasileiros e uruguaios, trouxe diferentes abordagens quanto à forma idealista da normatividade na ciência jurídica, especialmente sob a perspectiva do judiciário.

Diante da visão de importantes doutrinadores, sejam do lado do positivismo ou do realismo jurídico, como H. L. A. Hart, Adrian Vermeule, Dworkin, Ralph Poscher e Niklas Luhman, os trabalhos debatidos proporcionaram elementos de circunspeção quanto aos modos como atuam os juízes e às diferentes técnicas de interpretação e aplicação do Direito.

O principal aspecto que se buscou destacar foi analisar o porquê que uma decisão foi tomada, ou seja, qual foi o seu motivo e qual finalidade é a pretendida. Conjectura-se frente às fontes do Direito, o posicionamento do judiciário. Importa, ir além, examinar se essas razões admitidas pelo judiciário são aceitáveis, podendo ser tidas como certas também para a sociedade.

É no campo das teorizações que surge o realismo jurídico, não adotando todas teorias como incontestáveis e absolutas, a exemplo das formalistas e objetivas. Nesse sentido, os estudos expostos no presente Grupo de Trabalho partiram de descrições de como se processa a atividade judicial e também de conclusões e críticas de determinados resultados das decisões tomadas, remetendo o direito à realidade dos conflitos postos diante dos Tribunais, avaliando as suas causas e efeitos.

Os artigos deste Grupo de Trabalho merecem a especial atenção dos leitores, permitindo a construção do conhecimento envolvendo diversas problemáticas atinentes à Teoria Geral do Direito, contribuindo à construção das análises quanto à teoria da norma e da decisão, à visão sociológica e filosófica do Direito, assim como o estudo do discurso jurídico, quanto à judicialização e o ativismo judicial.

Presenciando as apresentações dos artigos e a qualidade do debate que surgiu a partir dos argumentos de cada um por meio de indagações e respostas persuasivas, destacou ainda mais a relevância da temática que o Grupo de Trabalho Teorias do Direito e Realismo Jurídico dialoga.

O V Encontro Internacional do CONPEDI, em Montevidéu, representou uma extraordinária oportunidade reunindo Professores e Estudantes que se dedicam a estudos específicos para trocarem experiências e conhecimentos, e esse debate se multiplicará a partir dos trabalhos escritos que ora são compartilhados com os demais operadores do Direito que a partir de suas leituras seguirão contribuindo à Ciência e aplicação do Direito.

Profa. Dra. Ana Paula Basso - UFCG - Brasil

Prof. Oscar Sarlo - UDELAR - Uruguay

A TRANSFORMAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO E A CONCORRÊNCIA DE NORMATIVIDADES NA ERA GLOBAL

THE TRANSFORMATION OF NATIONAL LEGAL SYSTEMS AND NORMATIVITIES COMPETITION IN THE GLOBAL ERA

Aline Martins Rospa

Resumo

A crise do Estado moderno desencadeou uma abertura de fronteiras e readequação das funções estatais, obrigando o ente estatal a dividir seu protagonismo internacional com outros atores não estatais. O fenômeno da globalização provocou um grande impacto no papel do Estado, uma vez que este, mediante a nova perspectiva global, mostrou-se incapaz de manter o seu monopólio na elaboração de normas que regem as relações provenientes de uma complexa sociedade. Por esse motivo, se faz necessário analisar em que medida a internormatividade, enquanto fenômeno provocado pela mundialização, interfere nos ordenamentos jurídicos internos provocando a sua transformação.

Palavras-chave: Estado, Cosmopolitismo, Internormatividade

Abstract/Resumen/Résumé

The modern state crisis triggered an opening of borders and readjustment of state functions, forcing him to split its international role with other non-state actors. The phenomenon of globalization has caused a great impact on the state's role, as this by the new global perspective, proved unable to maintain its monopoly in the development of standards governing relations from a complex society. For this reason, it is necessary to examine to what extent the internormativity as a phenomenon caused by globalization, interfere in the internal legal systems causing its transformation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: State, Cosmopolitism, Internormativity

1. Introdução

O Estado, frente à sociedade contemporânea complexa, teve suas funções alteradas, principalmente no que tange à sua soberania, tendo sido obrigado a dividir o seu protagonismo internacional com outros atores, como empresas transnacionais, organizações não governamentais e o próprio mercado financeiro.

Cumpre indagar acerca da dimensão das transformações que os Estados passaram e que põem em questionamento os princípios sobre os quais foram construídos. A concepção estatal tradicional não é mais suficiente para explicar e propor soluções para a crise econômica, social e de valores instalada a nível global. Parte desse contexto emergiu com a globalização, que forçou a interdependência crescente das sociedades, bem como a necessidade de cooperação internacional.

O modelo estatal, forjado no Ocidente, tende a sofrer transformações que não são superficiais ou cosméticas, mas que conduzem a novos pontos de equilíbrio. Essas transformações remetem a uma evolução global, com a redefinição da arquitetura social, em que será necessária a perda de antigas referências, a desagregação dos antigos moldes e o enfraquecimento das certezas. Os países estão sendo confrontados a uma nova conjuntura que os força a repensar a sua organização política (CHEVALLIER, 2009, p. 13).

Nesse contexto, o próprio ordenamento jurídico interno é compelido a aceitar e conviver com normas jurídicas que não derivam do poder clássico legislativo, mas sim de atores não estatais, o que provoca uma simbiose entre as diversas fontes jurídicas gerando uma progressiva internormatividade no campo do Direito.

Desse modo, deve-se reconhecer a grande importância que os Estados ainda possuem, todavia é necessário repensar o papel das instituições estatais frente aos efeitos provocados pela globalização. É nesse aspecto que os fundamentos do cosmopolitismo podem auxiliar, pois essa teoria atribui valor tanto às peculiaridades internas de cada país quanto aos valores pretendidos como universais.

2. O Estado do nacionalismo metodológico ao Estado da era da interdependência

Por muito tempo, o Estado foi onipresente na função de regular, de forma exclusiva, a atividade legislativa. Com o advento da globalização o ente estatal se viu

obrigado a conviver com normas jurídicas que não são provenientes do Poder Legislativo clássico. Sobre essa nova perspectiva são necessárias algumas considerações.

Segundo Chevallier (2009, p. 14) a modernidade é caracterizada por um conjunto de transformações ocorridas pelo aparecimento da figura do Estado enquanto nova forma de organização política, tendo sido construída em torno de dois eixos: o racionalismo (crença total na ciência, apropriação da natureza e convicção do Universalismo construído no ocidente) e a localização do indivíduo no centro da organização social e política (indivíduo torna-se referência suprema, tanto na esfera particular quanto na pública).

O racionalismo se destacou, enquanto escola filosófica, para explicar a origem do conhecimento. Essa corrente atribui valor somente à razão como meio de conhecimento e explicação da realidade. Através da razão e utilizando-se dos métodos matemáticos se chegaria à verdade do conhecimento.

O pensamento racionalista vê, não na experiência, mas no pensamento a fonte principal de conhecimento. Sócrates, Platão e Aristóteles sempre realçaram o papel da razão, em todas as fases do pensamento. Entretanto, somente no século XVI, especialmente com Descartes, Leibniz e Espinoza é que o racionalismo, contrapondo-se ao empirismo, surge no cenário filosófico para explicar a origem do conhecimento (CRETELLA JUNIOR, 1999, p. 27).

O Direito, por sua vez, também sofreu profundas influências da corrente filosófica racionalista dos séculos XVI e XVII. A aproximação entre a ciência jurídica e a matemática resultou na preponderância do valor da segurança jurídica em detrimento da justiça. Em razão disso, emergiram as codificações, bem como a dependência cada vez maior das leis, que passaram a ser a fonte principal do Direito.

Esse aspecto em particular tem valor significativo nesse estudo, uma vez que a segurança que o Estado sempre buscou no Direito, através de leis predeterminadas, também vem passando por uma reformulação, no sentido de que, o Estado vem perdendo espaço na sua soberania exclusiva na elaboração das normas jurídicas. Isso porque, a exclusividade na elaboração de normas jurídicas não mais pertence ao ente estatal, abrindo espaço para o surgimento das *soft law* provenientes de entes não estatais.

Então, o racionalismo jurídico, o qual permanece tendo influência na ciência jurídica até os dias de hoje, e que sempre defendeu a segurança jurídica como finalidade principal da aplicação dos conceitos matemáticos ao Direito, deve ser questionado nessa nova conformação do Estado, pois a tão almejada segurança jurídica já não pode ser completamente garantida, uma vez que cresce a cada dia a elaboração de normas que

regem as relações jurídicas e que não são provenientes do poder legislativo estatal tradicional.

O segundo núcleo conformador da modernidade é a eleição do indivíduo no centro da organização social e política, isso ensejou o desaparecimentos dos ideais coletivos e a centralização sobre a individualidade. O Direito moderno elegeu o indivíduo para ter primazia em relação à organização social e política.

Portanto, o Estado se inscreve nessa lógica da modernidade, caracterizada pelo império da razão e dominada pela figura do indivíduo. Essa nova concepção levou à reconstrução da sociedade sob a égide de novos princípios e valores impostos pelo Ocidente e que, da mesma forma, afetaram o papel do Estado.

Passando-se ao Estado pós-moderno as transformações em curso não podem ser consideradas enquanto um fenômeno isolado, elas remetem a uma crise mais genérica das instituições e dos valores da modernidade nas relações ocidentais, essa crise parece conduzir a uma construção de um novo modelo de organização social. O ente estatal pós-moderno, por consequência, permanece marcado pela incerteza, complexidade e indeterminação (CHEVALLIER, 2009, p. 16).

As noções de Estado e Direito sempre foram estreitamente ligadas, pois, não apenas o Estado age de acordo com o Direito, como ele próprio é moldado nas regras jurídicas, uma vez que a especificidade do Estado, enquanto forma de organização política, reside no fenômeno da institucionalização do poder e essa institucionalização passa pela mediação do Direito (CHEVALLIER, 2009, p. 115).

Logo, a reconfiguração dos aparelhos do Estado, que se encontra em curso, não poderia deixar de ter um efeito em sua relação com o Direito, pois a inserção estatal em um mundo cada vez mais interdependente e a reorientação de suas funções têm implicações jurídicas. Chevallier ainda afirma que "à emergência de um Estado pós-moderno corresponde inevitavelmente o surgimento de um direito pós-moderno", isso porque se assiste à emergência progressiva de um novo direito, reflexo da pós-modernidade.

Nesse viés de observação do papel do Estado é importante observar o impacto produzido pela globalização, enquanto fenômeno impulsionador do processo de internacionalização ocorrido, principalmente, após a Segunda Guerra Mundial. Sob esse aspecto Chevallier observa que:

> As fronteiras, físicas e simbólicas, que delimitavam a esfera de influência, o espaço de dominação do Estado, tornaram-se porosas: os Estados são atravessados por fluxos de todas as ordens, que eles são incapazes de controlar, de canalizar e, se necessário, conter; já não tendo controle sob as variantes essenciais que comandam o desenvolvimento econômico e social, a sua capacidade de regulação tornou-se concomitantemente, aleatória (CHEVALLIER, 2009, p. 32).

A internacionalização das relações estatais contribuiu para deteriorar algumas conquistas dos Estados que já estavam consolidadas, como é o caso da soberania absoluta, a qual os entes estatais já estavam acostumados a usufruir através de relações horizontais com outras nações. O monopólio estatal sobre as relações internacionais deixou de existir, ou seja, a hegemonia que o Estado exercia sobre a sociedade começou a perder força e legitimidade, abrindo espaço para que outros entes ocupassem o seu lugar.

A partir desse marco histórico da globalização, a interdependência entre os países só fez aumentar, surgindo a imagem de um mundo totalmente interligado e sem fronteiras. Tal fato intensificou a discussão sobre a aplicação dos pressupostos da teoria cosmopolita, a qual respeita a cultura local, mas não esquece que cada ser humano tem responsabilidade com relação às demais pessoas do globo terrestre.

3. Da globalização ao cosmopolitismo

É importante pensar o cosmopolitismo sob o ponto de vista de toda a humanidade, mas sem esquecer que ele está inserido dentro do contexto da globalização, em que há fluxos econômicos intensos e que geram violações constantes aos direitos humanos. Por esse motivo, se mostra necessário entender tanto as bases filosóficas do cosmopolitismo quanto a sua relação com o fenômeno da globalização.

Mesmo que haja pontos em comum, não se pode confundir o sentido de globalização e cosmopolitismo. A globalização é relacionada principalmente a aspectos de fluxos econômicos, já o cosmopolitismo trata de um novo cenário internacional em que o Estado é um dos participantes.

O cosmopolitismo supõe o surgimento de vários atores políticos não estatais, além disso, busca o reconhecimento internacional dos direitos humanos, proteção do meio ambiente, supressão da pobreza, etc. A teoria cosmopolita, ao contrário da globalização, entende que o nacionalismo deve permanecer, pois a democracia e os direitos humanos necessitam de um solo estatal. Por esse motivo, é necessário um cosmopolitismo

adequado a um mundo que está aí para ser constantemente reconstruído (NASCIMENTO, 2011, p. 104).

A globalização sofre diversas críticas por ter seus objetivos calcados basicamente nos lucros econômicos. Por isso, Milton Santos (2008, p. 16) afirma que as tentativas de construção de um só mundo sempre conduziram a conflitos, porque se tem buscado unificar e não unir. E o que rege a globalização não é uma vontade de liberdade, mas de dominação, não é o desejo de cooperação, mas de competição. A dimensão mundial, na verdade, são as organizações ditas mundiais: instituições supranacionais, organizações internacionais, universidades mundiais, dentre outros.

Observa-se que as consequências da globalização, que ocorreram principalmente no âmbito econômico, tiveram reflexos também na dimensão cultural das sociedades, pois a internacionalização propiciou a homogeneização progressiva dos estilos de vida, dos modelos de consumo e dos padrões culturais. Em resumo, houve a imposição progressiva do modelo cultural americano no mundo ocidental (SANTOS, 2008, p. 33).

A crise mundial na qual se vive foi intensificada com a eclosão do terrorismo nos anos 2000. Desde então, os mercados financeiros começaram a se fragmentar, mostrando que, basicamente, a globalização não trouxe nada de bom. Contudo, as consequências da invasão dos mercados mundiais por grandes corporações multinacionais fizeram com que a globalização fosse vista como o triunfo de um imenso mercado mundial padronizado e homogeneizado, a expensas de pequenos produtores e redes comerciais (BAUMAN, 2016, p. 12).

Por outro lado, alguns aspectos positivos da globalização podem ser destacados como a circulação mais rápida de conhecimentos técnico-científicos, bem como o interesse pela cultura, economia e política de outros países. As tecnologias da informação também foram intensamente influenciadas pela globalização e, atualmente, são responsáveis pela ampla comunicação entre as pessoas de toda a parte do mundo, o que, reflexamente, dificultou os regimes estatais totalitários.

O resultado dessa mundialização é que as transformações são mútuas entre o local e o global. As cidades, os países e os continentes são influenciados não apenas por aspectos internos, mas também pelo dinheiro mundial, mercado de bens e organizações internacionais.

Por esse motivo, NASCIMENTO (2011, p. 155) refere que Habermas constata que não há como escapar da globalização. Atualmente, atores não estatais como as empresas transnacionais e bancos privados com influência internacional, acabam por

enfraquecer a soberania dos Estados nacionais. O processo de submissão dos Estados em desenvolvimento ao poder econômico transnacional gera uma rede de mecanismos externos de controle que atinge diretamente a esfera interna.

Sobre a nova perspectiva com a qual se deve pensar acerca da missão dos Estados, refere Bauman (2016, p. 18) que:

> Aos poucos, ainda que de modo cada vez mais grave, os Estados manifestaram a incapacidade de cumprir suas promessas; aos poucos, mas em aparência de forma incontrolável, a fé e a confiança na potência do Estado começaram a erodir. Funções antes reclamadas e ciosamente guardadas por Estados como monopólio seu, e amplamente consideradas pelo público e pelos formadores de opinião mais influentes obrigações e missão inegáveis dos Estados, de repente pareciam onerosas e vorazes de recursos demais para os Estados-nação suportarem.

Nessa conjuntura emergiram novos sujeitos que ansiavam por assumir as funções e o espaço que o Estado não mais podia suportar, logo, com frequência, conceitos como desregulamentação e subsidiarização passaram a ser comuns. A globalização não se traduz unicamente pelo fato de os Estados serem incapazes de controlar os fluxos econômicos, a maior interdependência entre as nações leva a novas regras de funcionamento das relações econômicas e sociais, nesse contexto uma ordem transnacional poderia surgir, superando os próprios Estados.

A ordem jurídica dos Estados não foi preparada para lidar com esse novo cenário e ainda não está totalmente apta a apresentar respostas para essas demandas contemporâneas, por isso a importância e necessidade de se repensar as relações estatais, no contexto do cosmopolitismo, enquanto instrumento de defesa dos direitos humanos na atualidade.

A ótica cosmopolítica deve ser interpretada como uma realidade transparente, no qual as diferenças, as oposições e as fronteiras devem ser olhadas segundo o princípio de que os outros são, na sua essência, idênticos a nós. Deste modo, poder-se-ia entender o cosmopolitismo como uma abordagem apta a compreender as ambivalências que nos são colocadas pelas distinções e contradições culturais que caracterizam o nosso tempo (MACEDO, 2011, p. 217).

Iniciemos uma breve análise histórica do cosmopolitismo a partir do cosmopolitismo antigo, que é aquele proveniente dos ideais dos estoicos e cínicos, sendo conhecido também como cosmopolitismo antijurídico ou negativo. Nesse período a teoria cosmopolita não tratava de pensamentos de alteridade ou compaixão. Tinha-se uma noção

de que o indivíduo pertencia ao mundo, bem como de um sentimento de recusa às instituições sociais existentes e uma negação à *polis*, pois a noção principal era de pertencimento ao mundo. Essa é a ideia básica do cosmopolitismo dos antigos.

O termo cosmopolitismo teria surgido após Diógenes, filósofo da Grécia antiga, ter sido indagado: "De onde você é?", ao que respondeu "Eu sou um cidadão do cosmos", manifestando um espírito cosmopolita incomum naquele tempo em que a sociedade era supervalorizada pelos gregos.

Afirma-se que o cosmopolitismo antigo era não jurídico, pois quando Diógenes designou-se como cidadão do mundo não vinculou esta afirmação a quaisquer obrigações jurídicas ou instituições estatais. O cosmopolitismo de Diógenes enfatizava o termo *cosmo*, e não o termo *polis*, o que revelava uma natureza apolítica (HÖFFE, 2005, p. 274).

Os estoicos, seguidores de Diógenes, diziam que cada um de nós pertence a duas comunidades: a comunidade local em que nascemos e a comunidade de deliberação e aspirações humanas que é verdadeiramente grande e comum. Desta comunidade é que, basicamente, emanam nossas obrigações morais. Defendiam que todos os seres humanos são nossos concidadãos e convizinhos. Diógenes sabia que o convite para se pensar como cidadão do mundo era um convite a exilar-se da comodidade do patriotismo e de seu sentimentalismo fácil (NUSSBAUM, 1999, p. 17).

Conforme NASCIMENTO (2011, p. 53), o estoicismo relacionava duas ideias-chave ao cosmopolitismo. A primeira como sendo a razão universal que regula todas as coisas segundo uma ordem necessária e a segunda como uma consciência de que a razão fornece ao homem normas infalíveis de ação que formam o direito natural.

De acordo com o cosmopolitismo estoico, os indivíduos são todos concidadãos, ressalvando-se que deveria haver um único modo de vida e uma única ordem vigente, como se as pessoas fossem um grande rebanho. O cosmopolitismo até então apenas filosófico tornava-se também apolítico (HÖFFE, 2005, p. 276).

Os estoicos enfatizavam muito que para alguém ser cidadão do mundo não se deve renunciar suas identificações locais, que podem ser uma grande fonte de riqueza. Pelo contrário, sugerem que pensemos em nós mesmos não como seres carentes de filiações locais, mas sim como seres rodeados de uma série de círculos concêntricos, sendo o maior de todos é toda a humanidade. Portanto, não deveríamos abandonar nossos afetos e identificações particulares, pois elas constituem nossa identidade, ao mesmo tempo em que devemos trabalhar também para que todos os seres humanos formem parte de uma comunidade de diálogo. (NUSSBAUM, 1999, p. 20).

O início do cosmopolitismo na modernidade é atribuído à Kant, que rompe com a visão cosmopolita do individual e traz a noção de cosmopolitismo para às instituições e para o Direito. Kant é um filósofo idealista e metafísico, que trabalha com o dever-ser, todavia é de suma importância conhecer as premissas de sua teoria, pois vários autores cosmopolitas modernos trabalham com uma reinterpretação das bases kantiana.

Em A Paz Perpétua, Kant propõe uma estrutura de paz duradoura. Para se compreender o ponto central dessa obra kantiana não se pode olvidar que, na época em que foi escrita havia muitas guerras, que além de violentas eram duradouras, e os Estados eram soberanos e horizontais entre si.

A obra é dividida em 6 artigos preliminares e 3 artigos definitivos. No 1º artigo definitivo (direito interno) Kant defende que a constituição interna deve ser republicana, ele também acredita que é através do Estado que o homem pode passar de um estado de natureza para um estado de organização da sociedade. A noção de paz e guerra está ligada a uma noção estatal, por isso ele diz que os indivíduos precisam de garantias estatais e jurídicas para se garantir a paz. Nessa estrutura republicana quem vai decidir se deve ou não ocorrer guerra são os cidadãos, que são os que efetivamente arcarão com as consequências da guerra (2016, p. 26).

O 2º artigo definitivo trata do direito das gentes e dispõe que o direito internacional deve fundamentar-se em um federalismo de Estados livres. Isso porque o comportamento de um Estado interfere no outro, e ao fim nas relações internacionais. Para Kant essa organização seria a única solução para que o Estado saísse do "estado natural" de guerra (2016, p. 32).

No 3º artigo definitivo Kant afirma que o direito cosmopolita deve ser limitado às condições da hospitalidade universal. Esta é uma das principais inovações da teoria kantiana: a instituição do direito cosmopolita, em que o direito dos cidadãos do mundo estaria em paridade com o dos Estados. Indivíduos e Estados estariam inseridos em uma estrutura mundial em que se considera cada indivíduo não somente como membro apenas de seu Estado, mas também como membro de uma sociedade cosmopolita (2016, p. 37).

O caráter jurídico da teoria kantiana está em dizer que esse direito cosmopolita não é filantropia ele é de fato Direito (jurídico). O direito cosmopolita para Kant seria um complemento necessário ao direito interno e o direito das gentes, sendo limitado pelas condições de hospitalidade universal, ou seja o indivíduo deveria ter o direito de ser recebido em um estado estrangeiro e de ser tratado de modo adequado por esse Estado.

Esse é um ponto de partida muito interessante para se pensar a teoria do cosmopolitismo na atualidade, pois a releitura da teoria cosmopolita de Kant, aplicada às especificidades de uma sociedade complexa, pode auxiliar na compreensão das relações que abrangem vários atores além do Estado.

Na seara dos autores cosmopolitas contemporâneos destaca-se o pensamento de Martha Nussbaum, filósofa estadunidense e professora da Universidade de Chicago, que na obra "Os limites do patriotismo" defende as bases do cosmopolitismo e critica firmemente o patriotismo americano.

Nussbaum entende que o orgulho patriótico é moralmente perigoso e que em última instância, pode subverter alguns dos princípios mais dignos que o patriotismo pretende alcançar como por exemplo: o da unidade nacional e a lealdade aos ideais de justiça e igualdade. A autora defende que há outro ideal que se ajusta melhor a esses objetivos e que se adapta melhor ao mundo contemporâneo, que seria o velho ideal cosmopolita, ou seja, a pessoa cujo compromisso abarca toda a comunidade dos seres humanos (1999, p. 14).

Argumenta ainda que não é suficiente que as nações sejam fundamentadas em valores nacionais e no compromisso com os direitos humanos básicos, na esperança que isso proporcione a unidade dos Estados. Sustenta, que seria necessário os americanos realmente aprenderem sobre as diferenças e necessidades de cada país, e não como é atualmente: primeiro e acima de tudo são americanos, mas que devem respeitar os direitos humanos básicos dos cidadãos de outras partes do mundo.

A postura progressista de Martha Nussbaum não passou despercebida por seus pares concidadãos, tendo a autora recebido várias críticas ao seu modo de pensar. Na verdade, essa visão particular do cosmopolitismo não se coaduna com o pensamento da maioria dos teóricos cosmopolitas, uma vez que eles geralmente defendem que o cosmopolitismo aceita as diferenças e que não prega o fim do nacionalismo.

Kwame Appiah sustenta que o argumento de Nussbaum, supostamente cosmopolita, contra o patriotismo, e segundo o qual a nacionalidade é uma característica moralmente irrelevante não merece prosperar. Considerar o Estado como fronteira moralmente arbitrária soaria exagerado, pois, na verdade, o cosmopolitismo encoraja a diversidade cultural e a existência de diversos Estados. Os cosmopolitas devem defender o direito de todos viverem em Estados Democráticos, com amplas possibilidades de

associação dentro e fora de suas fronteiras em Estados que eles possam ser cidadãos patrióticos (1999, p. 42).

Realmente, partindo dessa perspectiva não parece coerente defender valores ou direitos considerados universais, mas, por outro lado, esquecer as particularidades e cultura do lugar onde se nasceu ou aquele o qual foi escolhido para se viver. Até mesmo porque, não parece ser esse o ideal defendido pela teoria do cosmopolitismo, uma vez que considera essenciais os pluralismos e diversidades.

Por esse motivo, Ulrich Beck afirma que hoje não mais se discute se o patriotismo é demasiado pequeno, porém praticável, e o cosmopolitismo magnânimo, mas frio e difícil de praticar. Defende que, atualmente, a realidade é cosmopolita. O cosmopolitismo deixou de ser uma simples ideia da razão, para emigrar para a pura e simples realidade. Seria a era da modernidade reflexiva, em que as fronteiras e diferenciações do Estado nacional são atenuadas (2005, p. 10).

Como o mundo se tornou cosmopolita necessitamos de uma nova maneira de olhá-lo para que possamos compreender a realidade social e política em que vivemos e atuamos. O olhar cosmopolita seria resultado e condição da reestruturação conceitual da percepção. Dito de outra forma, a "*mirada cosmopolita*" seria a ausência de fronteiras. Beck entende que o cosmopolitismo substituiu a lógica da identidade "ou este ou o outro" pela "não somente este, mas este também".

Nesse sentido também dispõe Delmas-Marty (2004, p. 183):

> "O pluralismo conduz, exceto para os direitos com proteção absoluta, a uma interação ou a uma interdependência que substitui a concepção alternativa – maniqueísta por impor escolher entre um *ou* outro – por uma concepção combinatória que tende a buscar o ponto de compatibilidade entre um *e* o outro".

A teoria do "ou este ou o outro" está presente nas próprias ciências sociais que, por vezes, defendem que se deve separar, mediante fronteiras, o que é alienígeno. Isso serviria para formar identidades, ideais políticos, sociedade, comunidade e democracia. Seria um espaço criado para que se pudesse formar consciência de si e da integração social. Contudo, essa teoria não parece adequada, uma vez que se apresenta como excludente das singularidades que cada povo carrega (Beck, 2005, p. 12).

Defender essa lógica excludente parece muito complicado em tempos de globalização, uma vez que a realidade das relações entre Estados se mostra irrefutável.

Por esse motivo é muito importante, mais uma vez, diferenciar alguns aspectos da globalização e do cosmopolitismo. A globalização defende a ideia de um mercado global, com as virtudes do crescimento neoliberal e a utilidade de mover sem obstáculos o capital, os produtos e os homens de um lado ao outro das fronteiras. Já por cosmopolitização deve-se entender um processo multidimensional que tem modificado, de maneira irreversível, a natureza histórica dos mundos sociais e a relevância dos Estados nesse mundo (Beck, 2005, p. 19).

Por esse motivo, o autor afirma que, em um mundo cujas nuances da globalização provocaram uma crise global e de perigos derivados para a civilização, perdem sentido as velhas diferenciações entre dentro e fora, nacional e internacional, nós e os outros, sendo preciso um novo realismo, de caráter cosmopolita para poder sobreviver.

4. A concorrências entre as normatividades na era global

Parte-se, então, da premissa que o cosmopolitismo é um fenômeno que, de fato, está presente na nova modernidade, sendo necessário refletir como suas premissas impactam na relação dos Estados com as normas jurídicas que não são provenientes do modelo legislativo clássico.

Nesse sentido, Delmas-Marty (2004, p. 3) defende a viabilidade de um direito comum pluralista capaz de ordenar a multiplicidade e a diversidade entre os mais diversos Estados. Atualmente, o número de normas jurídicas só cresce, embaralhando a imagem da ordem jurídica. Por isso, é necessária uma reflexão sobre a atual lógica no Direito, permitindo-se pensar o múltiplo, pois só assim haveria chance de se tentar reinventar um direito comum.

O Estado e a lei foram, historicamente, nossos principais pontos de referência. Pode-se afirmar, inclusive, que a lei é fonte quase única do Direito até o final do século XVII, instituindo a ordem jurídica a qual estamos acostumados. Todavia, esse cenário sofreu profundas mudanças com o surgimento de três fatores: a retirada de marcos; o deslocamento das linhas e o surgimento de novas fontes.

A retirada de marcos é, segundo Delmas-Marty, sobretudo, o recuo de noções jurídicas nitidamente delimitadas. Seria o enfraquecimento das proibições contidas na lei, em que a norma continua a existir, mas o seu conteúdo é modificado, afetando a própria

organização das normas, uma vez que desapareceriam na paisagem os marcos que separavam as grandes categorias de direito (2004, p. 8).

O segundo fator seria o deslocamento das linhas em que a ideia da pirâmide de Kelsen não mais seria adequada para explicar esse novo contexto jurídico. Em seu lugar, surgiria a imagem de estranhos anéis que evocam "raminhos de uma guirlanda eterna", ou seja, em vez da hierarquia linear e contínua que a pirâmide expressava, aparecem hierarquias descontínuas, como outras tantas pirâmides inacabadas que formariam os tais "anéis estranhos" (DELMAS-MARTY, 2004, p. 87).

Dessa forma, a internacionalização do Direito reflete uma nova realidade jurídica, de sistemas complexos, fluidos, descontínuos e interativos, os quais levam à alteração da própria concepção tradicional de ordem jurídica, que não é mais fechada dentro de si mesma. A tradicional pirâmide kelseniana é desconstruída gradativamente, dando lugar a novas geometrias cuja hierarquia não é tão rígida, mas nem por isso deixa de ser complexa (SALDANHA; SILVA; MELLO, 2015, p. 4).

O último fator modificante da tradicional paisagem jurídica, e de vital relevância para esse estudo, é o surgimento de novas fontes jurídicas, uma vez que as regras de Direito parecem emergir de todo lado, a todo o momento e em todos os sentidos.

É justamente isso que tem acontecido com a ordem jurídica interna estatal, pois da relação cada vez mais intensa do Estado com outros atores não estatais (empresas transnacionais, organizações não governamentais e o mercado financeiro) tem surgido normas jurídicas que não são elaboradas pelo Poder Legislativo, mas que são aplicadas como se fossem regras provenientes dos meios tradicionais.

Portanto, as regras jurídicas clássicas cada vez mais concorrem com outros tipos de normas, em especial as normas técnicas e de gestão, as quais estão cada vez mais presentes no cotidiano jurídico. Por esse motivo, se faz necessário compreender o funcionamento desses novos instrumentos jurídicos e qual a sua relação com as instituições estatais.

Durante muito tempo os juristas trataram as normas técnicas com certo descaso. Acreditavam que somente o Direito, enquanto instrumento do poder estatal soberano, possuía legitimidade para constituir a normatividade de regras jurídicas aptas a acionar o uso da força pública. Essa diferenciação ainda acontece porque as normas técnicas não constituem regras jurídicas, logo para elas não foi reservado um lugar na "pirâmide das normas" kelsianas (FRYDMAN, 2016, p. 14).

O fato de apenas as normas jurídicas provenientes do Estado serem reconhecidas como legítimas é justificado filosoficamente através do racionalismo jurídico emergente do século XVII, o qual buscava acima de tudo a verdade real e a segurança jurídica. Ao tentar aplicar à ciência jurídica os conceitos matemáticos presentes nas ciências naturais, o racionalismo deixou profundas raízes metodológicas na formação da normatividade jurídica.

Ocorre que, com a complexidade da sociedade, a regulamentação jurídica tradicional não se mostrou suficientemente apta a englobar todas as necessidades sociais que surgiam. Tal conjuntura abriu espaço para que atores não estatais produzissem normas técnicas, como a norma ISO, que preenchiam o detalhamento necessário da regulamentação jurídica.

Logo, a despeito de seu crescente emprego, as normas técnicas ocupam o segundo escalão no ordenamento jurídico. Nesse sentido, afirma FRYDMAN:

> No máximo, os mais abertos tentarão inserir essas normas técnicas na categoria residuária e vaga da *soft law*, esse direito flexível ou fraco, espécie de quarto de despejo, cada vez mais abarrotado e impenetrável, na medida em que aí se situam por mais tempo os objetos heteróclitos, com os quais o jurista não sabe o que fazer, e que se assemelha a um brechó ou mercado de mercadorias de segunda mão desprezado (mas como um tesouro escondido!) do primo Pons de Balzac (2016, p. 16).

O autor defende ainda que as normas técnicas são, na verdade, o que assegura uma forma de mediação entre as leis específicas e as normas jurídicas, podendo-se aqui citar, por exemplo, as normas referentes ao ruído (2016, p. 19). Todavia, a transição dos conhecimentos da seara científica para o aparelho institucional é feita com muita dificuldade, na medida em que os juristas, em sua formação clássica, não foram preparados para pensar e explicar situações como esta.

Entre as recentes normas técnicas de alcance global pode-se destacar a ISO 26000 sobre a responsabilidade social das empresas, que orienta como os produtos e serviços devem ser fabricados e entregues, em condições ambientais e de trabalho favoráveis e sem violar os direitos fundamentais das pessoas envolvidas com as suas atividades.

A ISO 26000 nasceu da associação dos trabalhos da ISO com outros organismos nacionais de normalização, com representantes da ONU, da Organização Internacional

do Trabalho (OIT), representantes sindicais e ONGS relacionadas a problemática da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Por certo, se tratam de normas voluntárias, mas o impacto que trazem são imensos, pois provavelmente o respeito a ISO 26000 implicará no estabelecimento de uma cadeia global de certificação, permitindo às empresas socialmente responsáveis que se reconheçam e estabeleçam negócios em conjunto. Frydman afirma que a ISO conseguiu a proeza de resolver em cinco anos o que a ONU tentou em vão por décadas, o que comprovaria que, por vezes, os atores sociais privilegiam a via da normalização técnica em relação à regulamentação jurídica (2006, p. 58).

Essa problemática da *standartização* não passou desapercebida pelos Estados, como alguns podem crer. Os Estados Unidos, em 1901, criou um escritório nacional dos standards, vigente até os dias atuais, ligado ao seu Ministério do Comércio, que desenvolve uma verdadeira estratégia econômica global em matéria de padronização. A normalização técnica, em resumo, se constitui em componente essencial ao funcionamento de nossas sociedades e economias contemporâneas complexas (FRYDMAN, 2016, p. 34).

A outra modalidade de normas regulamentares não jurídicas são as normas de gestão, que organizam e dirigem a conduta dos homens e da sociedade. Nesse contexto, o ponto principal é a busca pela qualidade, que pode ser alcançada através de diversos instrumentos como as tecnologias da informação e comunicação, *benchmarking* (usado como nível de referência em relação à concorrência) e rankings de classificação e desempenho.

A aplicação dos dispositivos de gestão ultrapassou os limites das empresas chegando à administração pública e sendo direcionados, principalmente, para a qualificação e otimização do serviço público. Esse fenômeno foi chamado de “nova administração pública” e teve origem por volta de 1990. Os governantes foram seduzidos por essas técnicas destinadas a aumentar, ao mesmo tempo, o salário dos funcionários e a qualidade do serviço público, visando sempre o controle dos gastos públicos (FRYDMAN, 2016, p. 63).

As normas de gestão podem ser aplicadas no Poder Judiciário, servindo para reafirmar a base independente e imparcial desse poder institucional garantindo uma justiça de qualidade aos seus cidadãos. A realização dessa reestruturação pode, muitas vezes, implicar em resistência uma vez que o Poder Judiciário é demasiadamente hermético e conservador a qualquer tipo de mudança.

Portanto, há a necessidade de compreender a relação entre as normas jurídicas clássicas e as normas de gestão no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro, pois a crescente e notória influência de padronizadores e indexadores de atuação dos sujeitos têm demonstrado uma influência colossal, em uma análise mediata, na qualidade e na entrega da prestação da atividade jurisdicional.

Em 2004 foi criado o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), um órgão que veio integrar a estrutura do Poder Judiciário, emendando a Constituição Republicana, com poderes de estabelecer metas administrativas que impactam diretamente a forma de decidir dos juízes. Nesse contexto, há uma inter-relação das normas que contém as metas nacionais para o Poder Judiciário, criadas pelo Conselho Nacional de Justiça, com a classificação brasileira no relatório "*Doing Business*" do Banco Mundial, o qual trata de regulamentações que medem a qualidade e a eficiência do perfil nacional em relação à aplicação dos indexadores nos processos judiciais.

O relatório leva em consideração, por exemplo, a capacidade do Estado em adotar boas práticas nas suas Cortes. Claro, portanto, que as chamadas metas estabelecidas pelo CNJ, de alguma forma, estão enquadradas (a priori ou a posteriori) nas boas práticas referidas pelo "*Doing Business*", sem que isso signifique, categoricamente, na certeza de que o CNJ leva em conta os aspectos apreciados pelo relatório do Banco Mundial.

Apesar de tais normativas (boas práticas) obviamente não serem dotadas de poder coercitivo no ordenamento jurídico interno é inegável a influência que possuem no cenário estatal. O Estado que se esforça em cumprir tais diretivas espera que dessa postura resulte mais confiabilidade das outras nações em si, bem como busca uma imagem que lhe traga prestígio e credibilidade internacional.

Nesse sentido, basta verificar a primeira das metas (META1), que impõe o julgamento de um maior número de processos ao ano, tendo por base o mesmo número de novos processos distribuídos. Essa é uma clara imposição aos julgadores para que obedeçam aos padrões de celeridade e agilidade (boas práticas standard), sendo essa imposição fruto de uma norma de gestão, ou seja, de uma norma que não foi extraída por meios legislativos. Há um evidente fator determinante de comportamento do sujeito-juiz em sua atuação de solução de conflitos estabelecidos.

Com isso, a citada e já referida META 1, que força as decisões a serem proferidas em uma duração razoável (cuja regra acabou por vir a integrar o rol dos direitos fundamentais do cidadão, artigo 5°, inciso LXXVIII da CRFB), bem como a META 3,

que obriga os juízes a forçar a conciliação dos conflitos, inclusive como fator diretamente relacionado a sua promoção na carreira, são indexadores gerenciais que ditam o comportamento singular dos juízes brasileiros.

O atual Código de Processo Civil Brasileiro, que entrou em vigor em março/2016, trouxe uma regra, cuja influência foi uma norma de gestão (META 3), que agora vem positivada numa lei tradicional, quando dita, no seu artigo 3°, parágrafo 3°, que há regramento processual legal, forçando a solução dos casos (tanto dos *soft cases*, quanto *hard cases*) pela mediação e pela conciliação.

É a clara e nítida ingerência de normas de gestão ditando padrões de comportamento processual, cuja solução afeta crucialmente as relações sociais do mundo contemporâneo. De outra banda, mister destacar que alguns juízes ainda apresentam resistência para utilização de tais instrumentos, uma vez que entendem que pode haver o desrespeito aos princípios da legalidade e da independência da Justiça, isso sem falar no enorme apego dos julgadores em obedecer apenas às normas tradicionais.

Por esse motivo, é de fundamental importância a análise da internormatividade entre as normas jurídicas tradicionais e as normas de gestão, na medida em que na recente efervescência jurídico-cultural, os debates mais preocupantes de uma sociedade cosmopolita giram em torno da intersecção entre essas normas.

Os críticos poderiam afirmar que, para que haja legitimidade, bem como efeito coercitivo, a norma deve surgir exclusivamente do ente estatal, sob o risco de mácula ao modelo democrático e substituição do papel do Estado pela mão do mercado, deixando à margem deste, os indivíduos e empresários. Em parte, esse receio tem razão de ser, e ninguém jamais vai discordar de que as garantias conquistadas pelo Estado de Direito jamais devem ser postas de lado. Todavia, deve-se levar em consideração a incapacidade do ente estatal regular todos os pormenores necessários para viabilizar as necessidades da sociedade complexa em que se vive.

Vemos assim, como a lógica das normas de gestão, sem substituir as regras de Direito, pode ser usada para auxiliar o Estado na busca pelo aperfeiçoamento de suas instituições públicas. Através de uma normativa que não adveio do ordenamento jurídico clássico abriu-se a possibilidade de tentar melhorar o cumprimento das funções do Poder Judiciário.

5. Considerações Finais

No cenário atual percebe-se que o Estado teve seu papel alterado, principalmente no tocante à soberania, sendo obrigado a dividir o protagonismo internacional com outros atores não estatais. As bases teóricas tradicionais acerca do ente estatal não são mais suficientes para explicar e propor soluções para a crise valores, instalada a nível global, em razão da alta complexidade da sociedade.

A globalização forçou a interdependência dos Estados e a necessidade de cooperação internacional, esse fato abriu espaço para que as premissas do cosmopolitismo auxiliem na compreensão desse novo panorama jurídico-político mundial, uma vez que essa teoria atribui valor tanto às peculiaridades internas de cada país quanto aos valores pretendidos como universais.

Nesse contexto, o próprio ordenamento jurídico interno é compelido a aceitar e conviver com normas jurídicas que não derivam do poder clássico legislativo, mas sim de atores não estatais, gerando uma progressiva internormatividade no campo do Direito. As novas problemáticas trazidas pela concorrência de normatividades devem ser avaliadas

As normas não derivativas do Estado (normas técnicas e normas de gestão), sem pretender ocupar o lugar jurídico que não lhes pertence, podem auxiliar o ente estatal a alcançar maior eficiência e qualidade na prestação do serviço público, objetivo que deveria ser perseguido continuamente por todos os governos.

A possibilidade da influência das normas de gestão nas instituições públicas foi exemplificada através da relação entre as metas de qualidade estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça com o relatório "*Doing Business*" do Banco Mundial, que classifica os Estados através de parâmetros que estabelecem a qualidade e a eficiência nos processos judiciais.

6. Referências Bibliográficas

APPIAH, Kwame Anthony. **Patriotas Cosmopolitas.** In: NUSSBAUM, Martha C. Los límites del patriotismo. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1999.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise.** 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BECK, Ulrich. **La mirada cosmopolita o la guerra es la paz**. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2005.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CRETELLA JÚNIOR. **Curso de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

FRYDMAN, BENÔIT. **O fim do Estado de Direito: Governar por Standards e Indicadores.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MACEDO, Lurdes. **Qu'est-ce le cosmopolitisme? Ulrich Beck (2006).** Caleidoscópio: Revista de Comunicação e Cultura, América do Norte, 0, sep. 2013. Disponível em: <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/caleidoscopio/article/view/3719>. Acesso em: 04 Jun. 2016.

NASCIMENTO, Valéria Ribas. **O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita**. São Paulo: LTr, 2011.

NUSSBAUM, Martha C. **Los límites del patriotismo**. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1999.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da; MELLO, Rafaela. da Cruz. **Novas geometrias jurídicas e a construção de um direito comum pluralista: uma análise da aplicação da margem nacional de apreciação pelo tribunal europeu dos direitos do homem.** Niterói: RCJ – *Revista Culturas Jurídicas*, Vol. 2, Núm. 3, 2015. p. 157-181.

SANTOS, Milton. **Técnica Espaço Tempo: Globalização e meio técnico-científico informacional**. 5 ed. São Paulo: EDUSP, 2008.