

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

LEANDRO PEREIRA DOS SANTOS

**UMA ANÁLISE DA TRANSNACIONALIZAÇÃO JURÍDICA CONSOANTE
A VISÃO DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS A PARTIR DOS TIPOS
IDEAIS DE DIREITO WEBERIANOS**

CURITIBA
2005

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

LEANDRO PEREIRA DOS SANTOS

**UMA ANÁLISE DA TRANSNACIONALIZAÇÃO JURÍDICA CONSOANTE
A VISÃO DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS A PARTIR DOS TIPOS
IDEAIS DE DIREITO WEBERIANOS**

Monografia desenvolvida pelo acadêmico Leandro Pereira dos Santos, apresentada ao Núcleo de Monografias do Setor de Ciências Jurídicas, para conclusão do Curso de Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Abili Lázaro Castro de Lima.

**CURITIBA
2005**

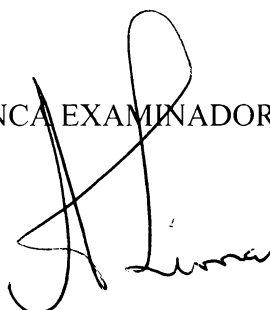
LEANDRO PEREIRA DOS SANTOS

**UMA ANÁLISE DA TRANSNACIONALIZAÇÃO JURÍDICA CONSOANTE
A VISÃO DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS A PARTIR DOS TIPOS
IDEAIS DE DIREITO WEBERIANOS**

Monografia desenvolvida pelo acadêmico Leandro Pereira dos Santos, apresentada ao Núcleo de Monografias do Setor de Ciências Jurídicas, para conclusão do Curso de Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Abili Lázaro Castro de Lima.

Aprovada em ___/___/___

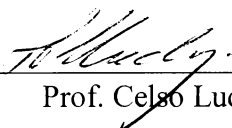
BANCA EXAMINADORA



Prof. Abili Lázaro Castro de Lima (Orientador)



Prof.ª Vera Karan de Chueiri



Prof. Celso Ludwig

RESUMO

No presente trabalho, serão estudados os sete tipos de transnacionalização jurídica, identificados por Boaventura de Sousa SANTOS em seu livro “Globalização do Direito”. Como marco teórico, utilizaremos os tipos ideais de direito weberianos, que foram construídos sob uma perspectiva sociológica, para o estudo das características de cada um dos tipos identificados.

Sobre o método sociológico construído por WEBER para o estudo dos fenômenos sociais, serão tecidas algumas considerações necessárias ao estudo mais detalhado dos tipos ideais de direito, que servirão como aporte teórico. No exame dos tipos de manifestações jurídicas, Boaventura de Sousa SANTOS construiu conceitos sobre as quatro formas como ocorrem essas manifestações. Este autor divide em duas formas próprias do capitalismo moderno, visto como o paradigma dominante, e em duas formas opostas ao discurso dominante.

Por meio da sociologia compreensiva weberiana, serão feitas considerações sobre as manifestações jurídicas identificadas por Boaventura de Sousa SANTOS, e constatações sobre algumas características deste momento de transição.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	06
2. RACIONALIDADE EM WEBER.....	08
3. SOCIOLOGIA COMPREENSIVA.....	09
4. TIPOS IDEAIS DE DIREITO.....	11
4.1. Direito irracional-material.....	12
4.2. Direito irracional-formal.....	12
4.3. Direito racional-formal.....	13
4.4. Direito racional-material.....	13
5. OS SETE TIPOS DE TRANSNACIONALIZAÇÃO JURÍDICA CONSOANTE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS.....	15
5.1. Direito estatal transnacionalizado.....	16
5.2. Direito da integração regional.....	18
5.3. A lei própria do capital global: a <i>Lex Mercatoria</i>	19
5.4. Direito da população em movimento.....	21
5.5. O direito dos povos indígenas: direito infra-estatal transnacionalizado.....	24
5.6. Direito Cosmopolita.....	26
5.7. O <i>Jus Humanitatis</i>	28
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	30
7. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	31

1. INTRODUÇÃO

Tantas são as mudanças que estão ocorrendo nas últimas décadas, devido à intensificação das relações internacionais, às questões mundiais, aos problemas que atingem vários países, que, neste contexto, de uma maior interação a nível global, surgem novos desafios e novas formas de resistência, até então inexistentes. Nessa época de transição, em que não se pode dizer para onde o mundo está caminhando, se para uma superação do modelo existente ou para uma adaptação do capitalismo às novas contingências, Boaventura de Sousa SANTOS identifica sete formas de transnacionalização jurídica, que terão suma importância para a compreensão do fenômeno jurídico na contemporaneidade. Algumas dessas formas são produtos da Modernidade, e, outras, manifestações mais recentes, resultado das lutas de grupos oprimidos para o reconhecimento de seus direitos no âmbito internacional.

Como marco teórico para a análise dos tipos de transnacionalização jurídica, partiremos de um breve exame consoante as teorizações de Max WEBER sobre a racionalidade, para a definição de alguns aspectos interessantes e importantes para o estudo sobre as novas manifestações jurídicas. A relevância da eleição deste marco teórico cinge-se à peculiaridade de que WEBER, a partir de uma abordagem sociológica, construiu uma análise crítica da Modernidade ocidental, delineando suas principais características. Examinou a evolução do direito através da história, e, com seu estudo, nos forneceu um importante instrumento analítico para o exame dos novos fenômenos jurídicos. WEBER construiu os tipos ideais de direito, que serão objeto de análise deste trabalho, mediante uma perspectiva sociológica, a mesma utilizada por Boaventura de Sousa SANTOS em seu estudo ao tratar da transnacionalização jurídica. A partir da análise deste autor, sob a perspectiva sociológica de WEBER acerca dos tipos ideais de direito, verificaremos a ruptura das novas formas jurídicas com o projeto da Modernidade.

Com as constatações de WEBER, sobre a necessidade do capitalismo de um direito racional-formal, e a identificação dos outros tipos de direito que surgiram na história, verificar-se-á que a busca pela previsibilidade e calculabilidade, objetivo de uma ordem jurídica racional-formal, produto do capitalismo, não responde aos novos anseios. Com o processo de racionalização, que foi possibilitado pelo avanço da técnica e da ciência, acabou-se determinando uma submissão a essa racionalidade e um distanciamento cada vez maior das necessidades humanas.

Não obstante, é visível uma busca cada vez maior pelo reconhecimento dos direitos humanos. Pode-se notar que as lutas dos grupos, de um modo geral, são para a valorização do

ser humano, que foi relegado com o avanço da ciência. No decorrer do trabalho, será possível perceber uma crescente oposição das novas formas de transnacionalização jurídica ao modelo capitalista. As novas formas de direito quebram com a necessidade de uma racionalidade formal jurídica, em que todas as questões devem subsumir-se a uma lógica coerente, buscando critérios materiais e irracionais, que atendam da melhor forma às expectativas dos interessados na solução de um conflito.

Para o objetivo proposto para o seguinte trabalho, precisamos superar o conceito de direito criado pela teoria política liberal - que traz a equação entre nação, Estado e direito - elaborada sobre as bases do positivismo jurídico. Como veremos a seguir, o Estado não detém o monopólio da criação do direito, como Weber diz: *“rechaçamos como coisa evidente que se fale somente de “direito” quando, graças à garantia da autoridade política, se disponha de coação jurídica”*.¹ Os Estados convivem dentro de seu território com vários ordenamentos jurídicos, mais de um sistema jurídico incidindo diretamente sobre determinada unidade política, fenômeno conhecido por pluralismo jurídico.

O conceito de direito que será usado, e que melhor se adapta ao objetivo proposto, é o de Boaventura de Sousa Santos, que concebe o direito como *“um corpo de procedimentos e modelos normativos regulados, que se considera exigível ante um juiz ou um terceiro que distribui justiça e que contribui à criação e à prevenção de disputas, assim como a sua solução mediante um discurso argumentativo acompanhado da ameaça da força”*.²

¹ WEBER, Max. *Economia y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica. 1ª.ed., 1963. vol. 2. p.308

² SANTOS, Boaventura de Sousa: *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Universidad Nacional de Colombia - facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 1998. p.20

2. RACIONALIDADE EM WEBER

Para elaborar a sua crítica sobre a Modernidade ocidental, WEBER propõe algumas acepções para o termo racionalidade. Vamos estudar apenas os principais aspectos da racionalidade para a compreensão das manifestações jurídicas, que serão objeto de exame mais detalhado. O racionalismo será visto como um traço característico que distingue a moderna civilização ocidental das demais sociedades.

A racionalização está vinculada ao desenvolvimento das civilizações, na medida em que, com o passar do tempo, adquirem um maior domínio da técnica. Determinou um, assim denominado por WEBER, processo de “desencantamento do mundo”. A partir da evolução da técnica e da ciência, o mundo entrou em uma marcha de desmistificação, e, com isso, foi possível ao homem dominar a realidade por meio da previsão e do cálculo.

Sobre esse processo de desmistificação, WEBER bem o identificou nessa passagem do seu livro *“Ciência e Política: Duas vocações”*:

A intelectualização e a racionalização crescentes não equivalem, portanto, a um conhecimento geral crescente a respeito das condições em que vivemos. Antes, significam que sabemos ou acreditamos que, a qualquer instante, poderíamos, conquanto que o quiséssemos, provar que não existe, primordialmente, nenhum poder misterioso e imprevisível que interfira com o curso de nossa vida.³

Esse processo determinou a perda do sentido da existência. Outra consequência importante foi perda de liberdade, que decorre do aumento da burocratização na sociedade. Esse avanço da burocratização tem como principal traço diferenciador garantir uma eficácia técnica superior; peculiaridade que se harmoniza muito bem com os interesses do capitalismo.

Visto essas características, temos as premissas básicas para compreender o método utilizado por WEBER para a análise, em seu estudo sociológico, dos tipos ideais de direito. A conduta do indivíduo determinada por uma motivação, a sua ação racional com relação a fins, é o objeto de estudo para uma sociologia compreensiva.

³ WEBER, Max. *Ciência e Política: Duas vocações*. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002. p. 38

3. SOCIOLOGIA COMPREENSIVA

Neste capítulo, vamos introduzir uma breve noção sobre o aspecto metodológico utilizado por WEBER para fazer sua análise dos fenômenos sociais, de um modo geral, e do direito, que será visto mais especificamente.

O procedimento construído por WEBER para o estudo dos fenômenos jurídicos é o empírico-causal. Enquanto que a ciência jurídica tradicional se vale de critérios de “justo” e “válido” para a análise do direito, que é apenas considerado em seu aspecto formal, WEBER procura entender a “ação social”, que seria *“uma ação onde o sentido visado por seu sujeito ou sujeitos tem como referência a conduta de outros, orientando-se por esta em seu desenvolvimento”*.⁴ O objetivo do sistema weberiano é examinar a influência, os efeitos gerados, de uma ordem jurídica no agir humano.

Katie ARGÜELLO faz a distinção entre a sociologia jurídica weberiana e a ciência jurídica tradicional nos seguintes termos: *“a aproximação sociológica preocupa-se com a análise das causas e dos efeitos fáticos de uma ordem jurídica, através do método empírico-causal, enquanto a dogmática utiliza um método lógico-normativo de caráter abstrato e formal, que busca o conteúdo de sentido correto dos preceitos jurídicos, permanecendo, pois, num universo conceitual”*.⁵

O objeto da sociologia jurídica são as ações humanas orientadas por um ordenamento jurídico. Assim, procura-se explicar a influência de um ordenamento jurídico no comportamento social do indivíduo. O agir humano em seu aspecto subjetivo, que são os motivos, é considerado no estudo da sociologia jurídica.

Os tipos ideais são uma construção que procura identificar uma regra geral, mediante a formulação de leis generalizantes pela abstração, para examinar fenômenos freqüentes. Nesse método são desconsiderados alguns fatores externos ao objeto de análise. O objeto de investigação são os motivos, que são *“a conexão de sentido que para o ator ou o observador aparece como o “fundamento” com sentido de uma conduta”*.⁶

São destacados, por WEBER, dois objetivos de uma sociologia compreensiva: *“1) Pode servir para fins de orientação provisional e de ilustração prática (sendo esta função altamente útil e necessária, ainda que prejudicial no caso de exagero de seu valor cognoscitivo e de um falso realismo conceptual). 2) Em determinadas situações somente ela*

⁴ WEBER, Max. *Economia y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica. 1ª.ed., 1963. vol.1. p.4

⁵ ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. *O Ícaro da Modernidade: Direito e Política em Max Weber*. São Paulo: Acadêmica, 1997. p.124

⁶ WEBER, Max, op.cit., vol. 1. p.10

pode ajudar-nos a destacar aquela ação social cuja compreensão interpretativa seja importante para a explicação de uma conexão dada.”.⁷

⁷ WEBER, Max, op.cit., vol. 1, p.14

4. TIPOS IDEAIS DE DIREITO

WEBER, tendo como referência as características racionalidade/irracionalidade e materialidade/formalidade, combinando esses conceitos criou os tipos ideais de direito, que servirão de aporte teórico para uma análise dos tipos de transnacionalização jurídica identificados por Boaventura de Sousa Santos. É importante ressaltar que WEBER construiu tipos ideais, que são um instrumento teórico de análise das ordens jurídicas. Portanto, um direito que possua características de um tipo, também pode apresentar características de outros tipos; é impossível encontrar-se um direito puro. Vamos, agora, fazer uma breve exposição sobre esses conceitos e identificar as principais características de cada um dos quatro tipos ideais de direito.

A professora Katie ARGÜELLO assim faz a distinção entre os conceitos de racionalidade e irracionalidade, dizendo que *“o recurso a normas gerais e abstratas, no processo de decisão, é característica de uma ordem jurídica racional, que permite um grau elevado de **previsão e cálculo**. Contraria um sistema jurídico **irracional**, em que seus operadores atuam de forma arbitrária, com base em valores afetivos, emocionais, e não em razão de uma norma geral e abstrata que permite previsibilidade e calculabilidade”*.⁸

A outra distinção que deve ser feita é entre as características da materialidade e formalidade. Como não há uma definição expressa dessas, vamos utilizar a construção feita por FREUND, e trazida pela professora Katie ARGÜELLO:

Desta maneira, FREUND tem razão, quando afirma que o Direito é formal, desde que os critérios e processos de decisão empregados sejam peculiarmente jurídicos, ou seja, se ele conduz a uma racionalização por razões puramente jurídicas; já aquilo que caracteriza o direito material é exatamente o oposto: o direito não está mais subsumido à sua própria lógica abstrata e coerência ideal, mas deve levar em consideração critérios de decisão extrajurídicos como, por exemplo, critérios de justiça éticos, políticos ou religiosos.⁹

Os quatro tipos ideais de direito são: direito irracional-material, direito irracional-formal, direito racional-formal e direito racional-material.

⁸ ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres, op.cit., p.129

⁹ ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres, op.cit., p.130

4.1. Direito irracional-material

Ocorre quando as decisões são tomadas de forma arbitrária, sem critérios estabelecidos para a tomada de decisões. Como demonstra WEBER: *“Aqueles atividades são irracionais desde o ponto de vista material, quando a decisão dos diversos casos depende essencialmente de apreciações valorativas concretas de índole ética, sentimental ou política e não de normas gerais”*.¹⁰

Nesse tipo de direito, não se encontram as características que distinguem a Modernidade ocidental das demais sociedades. Não há a necessidade de previsibilidade e calculabilidade, decorrente do capitalismo moderno, pois, como WEBER analisou, o direito irracional-material aparecia em culturas mais primitivas. A segurança jurídica não fazia parte das exigências desse tipo de civilização.

Todavia, quando fizermos o exame das novas manifestações jurídicas, será perceptível que o direito irracional-material, do modo como foi explicado por WEBER, será encontrado em muitas das novas manifestações jurídicas como uma forma de resistência dos grupos oprimidos. E talvez seja um dos caminhos para a promoção da valorização do homem e dos novos direitos, como, por exemplo, o direito de preservação do planeta.

4.2. Direito irracional-formal

Foi usado em algumas sociedades que se valiam dos oráculos como revelador do direito. Esse tipo ideal de direito não possui as características da previsibilidade e calculabilidade, pois utiliza procedimentos formais que não proporcionam tais qualidades, que são inerentes à racionalidade. Assim explica WEBER, que *“quando para a regulação da criação de normas ou da atividade judicial se recorre a procedimentos não controlados racionalmente, como, por exemplo, os oráculos e seus sucedâneos”*.¹¹

Em nosso estudo, constataremos que esse tipo de direito não será encontrado em muitas situações. Visto que as novas manifestações jurídicas contra-hegemônicas procuram defender interesses dinâmicos, o formalismo vai de encontro a essas necessidades. Enquanto que, para as formas de manifestação jurídicas próprias do capitalismo, a principal exigência é da calculabilidade, que só pode ser oferecida pelo racionalismo.

¹⁰ WEBER, Max. *Economia y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica. 1ª.ed. 1963. vol. 3. p.25

¹¹ WEBER, Max, op.cit., vol. 3. p.25

4.3. Direito racional-formal

Um direito é formal quando “*o jurídico material e o jurídico processual não têm em conta mais que características gerais, “unívocas”, dos fatos*”.¹² A partir dessa definição, entende-se que as leis e os julgamentos serão baseados em normas abstratas, que são criadas pelo ordenamento jurídico.

WEBER ainda distingue em dois aspectos o formalismo. Em primeiro lugar, caracteriza o formalismo de características externas, ou, nas palavras de WEBER, que “*as características juridicamente relevantes sejam de ordem sensível*”.¹³ O rigor do formalismo de ordem externa possui o aspecto unívoco das características externas. Como exemplo, quando a exigência de um ato simbólico seja feita de antemão. Outra situação ocorre quando “*as características juridicamente relevantes tenham sido obtidas por meio de uma interpretação lógica para construir com elas uma série de conceitos jurídicos claramente definidos, a fim de aplicá-los em forma de regras rigorosamente abstratas*”.¹⁴

O tipo de direito racional-formal é o que atinge o maior grau de racionalidade metódica. Para o capitalismo moderno, esse tipo de direito melhor se adapta a suas necessidades. Porém, mesmo diante dos novos fenômenos jurídicos próprios da Modernidade ocidental, verificar-se-á que várias são as influências determinantes para elaboração e aplicação do direito. Desse modo, diversas fontes, consideradas não jurídicas, irão definir a formação desses novos direitos próprios do capitalismo moderno, que não possui mais o formalismo como um dos traços distintivos em sua elaboração.

4.4. Direito racional-material

Esse tipo de direito se distancia do racional-formal, porque não utiliza a abstração lógica para a solução dos problemas jurídicos; suas decisões são tomadas com base em critérios externos ao sistema jurídico, que são: imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência e outros.

Para fazer a distinção entre direito racional-material e direito racional-formal, WEBER usa a seguinte argumentação:

¹² WEBER, Max, op.cit., vol. 3. p.25

¹³ WEBER, Max, op.cit., vol. 3. p.26

¹⁴ WEBER, Max, op.cit., vol. 3. p.26

*Porém deste modo se aguça a oposição frente à racionalização material. Pois a última significa, precisamente, que na decisão dos problemas jurídicos devem influir certas normas cuja dignidade qualitativa é diversa da que corresponde às generalizações lógicas que se baseiam em uma interpretação abstrata: imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência, ou postulados políticos que rompem tanto com formalismo das características externas como com o da abstração lógica.*¹⁵

Nesse embate, entre direito racional-formal e direito racional-material, a professora Katie ARGÜELLO faz algumas importantes constatações, que serão bem úteis para o estudo proposto: *“tanto na esfera econômica como na jurídica, a maximização da racionalidade formal interessa aos grupos economicamente dominantes, em detrimento dos grupos desfavorecidos, que reivindicam, com suas lutas libertárias, como veremos, a redução do âmbito da racionalidade formal, quando esta se torna um obstáculo à realização de seus interesses materiais”*.¹⁶

¹⁵ WEBER, Max, op.cit., vol. 3. p.26

¹⁶ ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres, op.cit., p.80

5. OS SETE TIPOS DE TRANSNACIONALIZAÇÃO JURÍDICA CONSOANTE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

Boaventura de Sousa Santos, em seu livro *“La globalización del derecho”*, identifica sete tipos diferentes de manifestações de transnacionalização jurídica. Antes de analisarmos cada tipo de direito identificado, precisamos explicar alguns conceitos criados pelo autor para definir as principais características desses tipos de manifestações.

O autor divide em quatro as formas de globalização jurídicas. Esse termo “globalização”, que representa um fenômeno recente, possui várias acepções. Boaventura de Sousa SANTOS define o processo de globalização como *“um fenômeno polifacético com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas, combinadas das maneiras mais complexas”*.¹⁷ As formas de globalização são: localismo globalizado, globalismo localizado, cosmopolitismo e o legado comum da humanidade¹⁸.

O localismo globalizado é um processo pelo qual um fenômeno local toma proporções globais com êxito. *“A globalização de práticas locais que usualmente se originam no centro do sistema mundial e são depois expandidas, exportadas e disseminadas à periferia e à semi-periferia”*.¹⁹ O autor cita, como exemplo, as ETNs (empresas transnacionais), que são atores sociais importantíssimos, a transformação da língua inglesa em língua franca e outros.

O globalismo localizado *“consiste no impacto específico das práticas e imperativos transnacionais nas condições locais, que são assim desestruturadas e reestruturadas com a finalidade de responder a ditos imperativos.”*²⁰ Um dos exemplos dados pelo autor é a mudança de agricultura de subsistência para a agricultura voltada à exportação, “ajuste estrutural”.

A terceira forma de globalização identificada é o cosmopolitismo, que descreve práticas e discursos contra-hegemônicos. Esses discursos são a oposição às formas dominantes de globalização do capitalismo. O cosmopolitismo é uma forma de solidariedade dos Estados-nação, regiões, classes, grupos sociais que se organizam para defender seus interesses comuns ante uma nova forma de solidariedade. *“Tal organização está destinada a opor-se aos efeitos prejudiciais das formas hegemônicas de globalização e se desenvolve a*

¹⁷ SANTOS, Boaventura, op. cit., p.39

¹⁸ No texto utilizado como referência, o tradutor usa a expressão *“herencia común de la humanidad”*.

¹⁹ SANTOS, Boaventura, op. cit., p.264

²⁰ SANTOS, Boaventura, op. cit., p.57

*partir da consciência de novas oportunidades de criatividade e solidariedade transnacionais, criadas pela intensificação das interações globais”.*²¹

Como última forma de globalização, temos o legado comum da humanidade. Esse tipo de manifestação visa defender os bens comuns à humanidade como um todo; trata de assuntos que dizem respeito ao globo. O autor lembra a questão da proliferação de armas atômicas, que é uma ameaça à sobrevivência humana e não humana sobre a Terra.

As duas primeiras formas de globalização são produtos diretos do capitalismo mundial, refletem os interesses do capitalismo mundial, em sua busca por novas formas de acumulação. As outras formas de transnacionalização são desta forma definidas “*são organizadas por princípios opostos concebidos de maneira ampla, que se enfrentam com a lógica hegemônica e as hierarquias do sistema mundial em nome de grupos sociais e interesses dominados ou oprimidos, assim como de recursos naturais degradados cuja preservação/conservação é um pré-requisito da sustentabilidade da vida sobre a Terra*”.²²

Boaventura identifica sete tipos diferentes de manifestações de transnacionalização jurídica: direito estatal transnacionalizado, direito da integração regional, *lex mercatoria*, direito da população em movimento, direito dos povos indígenas, direito cosmopolita e *jus humanitatis*.

5.1. Direito estatal transnacionalizado

O primeiro tipo de direito identificado pelo autor é o que ele chama de direito estatal transnacionalizado, que se refere a “*qualquer situação em que se pode estabelecer que as mudanças no direito estatal de um país dado tenham sido influenciadas decisivamente por pressões internacionais, formais ou informais, de outros Estados, agências internacionais ou outros atores transnacionais*”.²³

Podemos perceber que a transnacionalização do direito estatal atinge uma maior relevância, porém não se limita, no campo econômico. Há uma necessidade de garantia jurídica para o desenvolvimento do mercado.

Esse novo fenômeno jurídico tem um alcance bastante amplo, cobre uma margem bem grande de intervenção estatal e requer mudanças drásticas nesse padrão. Existe uma

²¹ SANTOS, Boaventura, op. cit., p.58

²² SANTOS, Boaventura, op. cit., p.264

²³ SANTOS, Boaventura, op. cit., p.80

pressão central, surgida do Consenso de Washington, para que haja um ajuste estrutural que deve ser levado a cabo em todo o mundo. O modelo de desenvolvimento orientado ao mercado é visto como o único factível para o êxito de um novo regime global de acumulação. Essas situações de pressão buscam a uniformização e a estandardização.

As políticas de “ajuste estrutural” atingem de maneira muito particular uma grande gama de intervenções do Estado nos âmbitos econômico, comercial e social, provocando turbulências nos campos jurídicos e cenários institucionais.

Outro fator destacado da transnacionalização jurídica é um recrudescimento das assimetrias de poder entre Norte e Sul. As pressões sobre os países periféricos e semi-periféricos são feitas não somente pelos Estados mais poderosos, mas também por agências financeiras internacionais e outros atores internacionais, tais como as ETN (empresas transnacionais).

Há uma crescente heterogeneidade da regulação estatal. A heterogeneidade jurídica se caracteriza por existirem lógicas políticas e ideológicas diferentes, ou diferentes estilos de direito que coexistem dentro de um mesmo ordenamento jurídico identificados nas diferentes áreas da atuação estatal. O impacto da transnacionalização jurídica sobre o direito estatal, vem determinando uma nova e mais acentuada heterogeneidade da regulação estatal. Boaventura de Sousa SANTOS assim define este fenômeno, como “*uma nova forma de pluralidade de ordenamentos jurídicos: campos jurídicos constituídos por lógicas de regulação relativamente desconectadas e altamente discrepantes, que coexistem no mesmo sistema jurídico estatal*”.²⁴

Em algumas passagens, é perceptível uma exigência, principalmente no âmbito econômico, de um direito que possa garantir a tão almejada segurança jurídica nas relações, que só pode ser oferecida por um direito racional, garantido logicamente. Entretanto, como foi visto, as pressões vêm de muitas e variadas posições que possuem interesses diversos dentro de um mesmo Estado. Portanto, até para a formação desse direito, devem ser utilizados critérios racionais e irracionais, para a conciliação, muitas vezes, de interesses antagônicos. Disso tudo, pode-se dizer que há uma predominância da característica irracionalidade, verificado que a influência de tantos critérios, de natureza estranha à abstração lógica do ordenamento jurídico, é decisiva em sua formulação.

A partir dessas constatações, fica demonstrado que o direito estatal transnacionalizado tem como importantes influências em sua formação: ETNs, outros

²⁴ SANTOS, Boaventura, op. cit., p.91

Estados, agentes internacionais e outros. De modo que, para a construção desse direito, devem ser levados em conta vários critérios, como critérios políticos, regras utilitárias, ou seja, critérios externos ao sistema jurídico, o que determina que estão presentes as características de materialidade em sua formação.

5.2. Direito da integração regional

Boaventura de Sousa Santos diz que ocorre esse tipo de transnacionalização do campo jurídico quando *“um conjunto de Estados se combina para criar instituições e competências jurídicas supranacionais que assumirão diretamente as funções regulativas que não existiam previamente ou que, se existiam, eram levadas a cabo pelos Estados de maneira individual, como prerrogativas de seus poderes soberanos”*²⁵, como exemplo o autor destaca a União Européia.

No exemplo da União Européia, o autor consegue destacar algumas características inerentes a este tipo de transnacionalização jurídica. Primeiramente, a seletividade da tendência de compartilhar a soberania. Em segundo lugar, nem todo poder soberano que se perde em nível do Estado-nação pode ser reconstituído no nível europeu. Em terceiro lugar, o fato de se compartilhar a soberania em nível externo pode ser acompanhado do incremento do papel central do Estado-nação nos processos internos, de regulação social e política. A quarta característica destacada é a mudança dissimulada dos conceitos de “nacional” e “interesse nacional”. Esses são os principais traços identificados nessa manifestação jurídica.

Um problema presente da União Européia é a quantidade e heterogeneidade de famílias de direitos e culturas jurídicas presentes. Mas a evolução do direito da UE caminha para um ordenamento jurídico supranacional autônomo, mantendo presentes as legislações nacionais, que continuarão existindo. Com isso, podemos concluir que, quando um conjunto de Estados se reúne para criar instituições e competências jurídicas supranacionais, o seu propósito é o de criar um ordenamento jurídico que possa garantir as características de um direito racional-formal, alto grau de previsibilidade e calculabilidade, almejadas para as interações econômicas transnacionais entre os seus membros. Por esse motivo, como no exemplo da União Européia em que há a discussão sobre a aceitação de uma Constituição da União, a criação do direito da integração regional é feita por meio de normas abstratas e

²⁵ SANTOS, Boaventura, op. cit., p.91

processos de decisão jurídicos, que garantem juridicamente as relações econômicas entre os Estados, principal objetivo da formação de um bloco regional.

Analisadas essas particularidades do exemplo adotado, devemos também reconhecer que, para a formulação desse direito da integração regional, muitos fatores políticos, ou não jurídicos, têm uma participação decisiva na elaboração e possibilidade de implementação desse direito. Destarte, podemos concluir que a característica materialidade é peremptória para a construção desse sistema jurídico que, em princípio, tem como objetivo apenas açambarcar um número limitado de situações.

5.3. A lei própria do capital global: a *Lex Mercatoria*

Trata-se da forma mais antiga de transnacionalização jurídica. Teve origem no século IX, devido ao crescimento do comércio europeu. Os comerciantes criaram para si mesmos um sistema jurídico que servia a seus interesses. Pode ser compreendida como um “conjunto de princípios e regras consuetudinários que são ampla e uniformemente reconhecidos e aplicados nas transações internacionais”.²⁶ A *lex mercatoria* é, basicamente, um direito transnacional dos negócios.

Boaventura de Sousa SANTOS destaca algumas particularidades da *lex mercatoria*: “Carregado de conceitos de equidade, o *ex aequo et bono*, a *lex mercatoria* foi um direito supranacional cujas características mais distintivas foram as seguintes: a facilidade com que permitiu contratos vinculantes; a ênfase na seguridade dos contratos; a velocidade na decisão dos litígios; a variedade de mecanismos para estabelecer, transmitir e receber crédito, e o valor normativo dos costumes e os usos do mundo mercantil”.²⁷ Segundo essas características, percebe-se a necessidade de se facilitar e garantir as relações comerciais, buscando-se regras gerais que permitem uma abstração lógica para a tomada de decisões.

Com a expansão do comércio internacional e das práticas transnacionais, os Estados foram obrigados a desenvolver um direito internacional privado, a fim de proteger juridicamente essas situações. Houve esforços para se evitar um conflito entre o direito internacional de cada Estado, para harmonizar esses diversos corpos de lei mediante a criação de leis uniformes internacionais. A partir daí, podemos concluir que a necessidade da criação de uma ordem jurídica racional-formal, que permite um grau elevado de previsibilidade e

²⁶ SANTOS, Boaventura, op. cit., p.104

²⁷ SANTOS, Boaventura, op. cit., p.104

calculabilidade, pela utilização de um sistema lógico com critérios de decisão jurídicos, é resultado da busca de segurança jurídica das relações comerciais.

Boaventura de Sousa SANTOS mostra os principais traços do que ele chama de nova *lex mercatoria*, que está composta por princípios gerais do direito reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos nacionais, as regras das organizações internacionais, os costumes e usos, os contratos e os laudos arbitrais:

Ainda que seja informal, a nova **lex mercatoria** não é amorfa nem neutra; os costumes e os usos não são necessariamente universais nem muito menos tradicionais ou imemoriais. A nova **lex mercatoria**, como campo jurídico transnacional emergente, é um localismo globalizado, constituído por densas expectativas cognitivas e delgadas lealdades normativas reproduzidas pela repetição em rotina de um grande número de relações contratuais originalmente desenhadas por sociedades mercantis transnacionais e por seus advogados, assim como por bancos e organizações internacionais dominados por uns e outros.²⁸

Vistos todos os traços e peculiaridades da *lex mercatoria*, fica claro que estão presentes as características de irracionalidade e de racionalidade. Por mais que as exigências de calculabilidade e previsibilidade façam parte de um direito transnacional dos negócios, critérios afetivos, emocionais, são determinantes na eleição do direito aplicável; a autonomia da vontade faz parte do direito dos negócios. Como não há na *lex mercatoria* um ordenamento jurídico único, os sujeitos, no contexto internacional, quando da realização de um contrato jurídico, por exemplo, partem de um critério irracional para a eleição de regras (que na maioria dos casos possuem as características da racionalidade), que serão aplicadas no caso concreto.

Portanto, a característica da irracionalidade deve ser entendida no sentido de que a escolha das normas aplicáveis ao negócio jurídico no âmbito internacional não submete as partes envolvidas a um ordenamento jurídico. No momento da eleição das regras que irão reger um contrato, verificamos que não há a subsunção a normas gerais. Todavia, a aplicação de critérios baseados em normas gerais e abstratas, critérios racionais, que garantem a previsibilidade e calculabilidade nos negócios jurídicos, necessidade do capitalismo moderno para a solução de conflitos, demonstra a importância da racionalidade nessa manifestação jurídica. Podemos verificar que, num primeiro momento, a *lex mercatoria* apresenta aspectos de irracionalidade, e depois possui todas as características de um direito racional.

²⁸ SANTOS, Boaventura, op. cit., p.107

Nos negócios internacionais, as partes utilizam principalmente critérios formais. A pluralidade de ordenamentos e regras jurídicos faz com que critérios sejam escolhidos pelas partes para resolver um eventual litígio, formalizar contratos e todas as outras exigências. Os critérios são escolhidos para melhor atender às necessidades das partes, independentemente de forma jurídica rígida. Pode ser acordado, entre as partes, na realização de um contrato, quais leis serão aplicadas, qual o foro julgará a demanda e outras situações jurídicas. Sem essas características, seria totalmente inviável a formação desse direito. Analisando as fontes, verificamos que a tomada de decisões na maioria dos casos concretos é feita por critérios eminentemente jurídicos, selecionados na realização do negócio jurídico pelas partes. Dessa forma, fica evidente a característica formalidade nessa manifestação jurídica.

5.4. Direito da população em movimento

O crescimento do movimento interfronteiriço, que é uma das conseqüências da interação global, gera muitos problemas sociojurídicos, que vão desde os contratos internacionais, os matrimônios entre pessoas de duas nacionalidades diferentes, a adoção de crianças estrangeiras, a proteção aos consumidores que se encontram em lados distintos das fronteiras nacionais, até os direitos civis, políticos e sociais dos trabalhadores imigrantes legais e ilegais, refugiados e pessoas que buscam asilo.

Apesar de tudo, a comunidade internacional tem prestado pouca atenção a esse movimento de pessoas. O direito internacional regula apenas um número pequeno de situações, e a proteção jurídica dos seres humanos foi deixada para cada Estado; essa proteção foi muito mais territorializada.

Dois grupos de pessoas são destacados nessa análise: os migrantes e os refugiados, pela própria condição em que se encontram internacionalmente. *“Os migrantes internacionais e os refugiados são, portanto, os dois grupos humanos mais vulneráveis que se movem entre as fronteiras e cuja proteção jurídica é por sua vez a mais necessária e a mais difícil de defender politicamente”*.²⁹

Em um mundo caracterizado por condições tão discrepantes, as fronteiras internacionais servem para manter a desigualdade global. O Estado e as fronteiras nacionais tem exercido papel importante na criação de regimes de migração, detendo o controle do

²⁹ SANTOS, Boaventura, op. cit., p.117

status do imigrante. Com o aumento do controle sobre as fronteiras, há um potencial aumento da migração ilegal, clandestina, e, como diz Boaventura de Sousa SANTOS, “o *conseqüente fortalecimento dos Estados receptores como detentores monopolísticos do status jurídico, dos projetos de vida e das expectativas dos migrantes*”.³⁰

Os imigrantes são considerados cidadãos de segunda ou terceira classe, seu status jurídico varia consideravelmente se estão legal ou ilegalmente no país. A situação dos imigrantes sem documentos é muitas vezes estruturada por múltiplas e abertas violações dos direitos humanos. A discriminação sofrida é dupla: de um lado, seus direitos são muito escassos; de outro, sua vulnerabilidade social torna quase impossível a luta pelos seus direitos, e a sua violação freqüentemente fica impune. Como destaca Boaventura de Sousa Santos: “*De fato, o controle sobre as fronteiras nacionais, prerrogativa principal da soberania territorial, vem crescendo de maneira estável desde meados do século XIX como uma dimensão central da consolidação dos Estados-nação e do sistema interestatal moderno*”.³¹

Sem embargo, os Estados europeus vêm demonstrando esse duplo aspecto: para os países membros da União Européia, há uma diminuição do controle sobre as fronteiras internas, o que seria uma espécie de desterritorialização; já para os países que não fazem parte, está ocorrendo um processo de fortalecimento das fronteiras externas, como se fosse uma reterritorialização.

Nessa análise da União Européia, como exemplo de direito transnacional da integração, destaca-se o papel da Corte Européia de Justiça na desterritorialização da legislação econômica e comercial dos países que compõem a União, por meio do qual esta foi substituída por uma ordem jurídica própria de alcance comunitário e supranacional.

Leciona Boaventura de Sousa Santos o cosmopolitismo como uma resposta à forma em que está sendo tratado esse movimento de migração transnacional:

Como quer que a migração transnacional é imposta às pessoas, não há justificação para distinguir entre nacionais e estrangeiros. À luz dos princípios internacionais dos direitos humanos, quando as pessoas arriscam sua vida ao decidir sair de seu país, passam a ser **ipso facto** cidadãos de outro país. Esta é a premissa básica de um novo cosmopolitismo político e jurídico.³²

A história do sistema mundial moderno é uma história de intercâmbios desiguais, que são a causa de muitos problemas mundiais. A ciência moderna obteve êxito em separar o

³⁰ SANTOS, Boaventura, op. cit., p.123

³¹ SANTOS, Boaventura, op. cit., p.135

³² SANTOS, Boaventura, op. cit., p.143

conhecimento desta história da história deste conhecimento. Assim, podemos dizer que o conhecimento histórico moderno é ahistórico. Devido a este fato favorecer aos países que obtiveram benefícios dos intercâmbios desiguais, a ciência moderna é intrinsecamente territorial. Por isso, torna-se muito difícil o desenvolvimento de uma nova política cosmopolita, para o reconhecimento dos direitos dessas populações. Essa é uma situação que interessa aos países considerados de centro.

Sem esse novo cosmopolitismo, as necessidades dos imigrantes são tratadas e ordenadas por critérios de nacionalidade e territorialidade, que ficam a cargo dos Estados-nação, e vão, logicamente, sempre ao prejuízo dessas pessoas. “*Os movimentos transnacionais subordinados são movimentos de conhecimentos que têm sido suprimidos e marginalizados*”.³³

Boaventura de Sousa SANTOS destaca a importância do reconhecimento desses movimentos, que não podem continuar sendo vistos como um problema a ser resolvido por cada Estado, a seu critério:

A migração transnacional subordinada representa um desafio fundamental para os conceitos que giram ao redor do princípio da soberania territorial, tais como a comunidade nacional, a cidadania, a propriedade e a naturalização. Hoje é geralmente reconhecido que as fronteiras nacionais são o principal instrumento político para manter a desigualdade no sistema mundial e que o são mediante a separação de jurisdições e a definição da propriedade.³⁴

Cada Estado, no sistema atual, resolve as questões relativas à migração conforme sua própria lei. Há no sistema internacional uma diversidade de tratamentos para os casos de migração, dependendo da condição socioeconômica do Estado que está recebendo o imigrante e da nacionalidade do indivíduo que entra no Estado receptor. Critérios materiais são considerados na elaboração das leis que regulam a situação do imigrante.

Apesar de haver uma aparente racionalidade da maioria dos Estados para o tratamento do imigrante, na realidade, muitas arbitrariedades são cometidas. Inúmeras situações são ignoradas pelos Estados, por interesses que variam dependendo de suas necessidades. Um exemplo é a situação dos latino-americanos que vão aos Estados Unidos para realizar serviços considerados inferiores, e recebem muito menos do que seria pago a um cidadão nacional.

³³ SANTOS, Boaventura, op. cit., p.144

³⁴ SANTOS, Boaventura, op. cit., p.144

Dentro do Estado-nação, o direito da população em movimento apresenta, na maioria dos casos, as características de racionalidade. Entretanto, essa racionalidade no âmbito nacional contrasta com a irracionalidade demonstrada no âmbito internacional. Não há uma unidade de tratamento do imigrante, fato que não permite uma previsibilidade no âmbito internacional; característica peculiar de um direito racional.

Assim, fica claro que diversos critérios influenciam no tratamento da situação do imigrante. Demonstrada a diferenciação feita aos imigrantes, se documentados ou ilegais, é perceptível a influência de critérios materiais, ou não jurídicos, para a regulação do tratamento do imigrante. Esses critérios materiais são incorporados nas legislações que tratam sobre esses movimentos de pessoas. A característica materialidade está fortemente presente nesse tipo de direito inserida em sistemas com características formais, por falta de uma organização supranacional que cuide exclusivamente do direito dessas pessoas.

5.5. O direito dos povos indígenas: direito infra-estatal transnacionalizado

A coexistência dentro de um mesmo território de mais de um ordenamento jurídico, um ordenamento estatal, oficial, e outros ordenamentos jurídicos locais, tradicionais, ou recentemente criados, não oficiais, cria a situação conhecida como pluralidade jurídica. De fato, a pluralidade jurídica infra-estatal demonstra o caráter díspar e excludente do processo de modernização nessas sociedades.

Para os povos indígenas, o que é visto como suas tradições, costumes e economias, são, na realidade, as marcas de sua resistência diante da destruição em massa de seu modo de vida ancestral por parte dos conquistadores modernos e colonizadores.

Devemos entender a expressão povos indígenas num sentido mais amplo. Essa expressão é utilizada, no texto, para identificar, além dos povos indígenas da América Latina, os americanos nativos, os aborígenes da Austrália, os esquimós do Ártico e outros povos que possuam essa particularidade de terem sido uma sociedade prévia à invasão e colonização, como se fossem identidades coletivas primordiais.

A luta desses povos tem como objetivo o reconhecimento dos direitos coletivos, e busca a regulação autônoma dentro de áreas territorialmente definidas. Enquanto que no caso do direito cosmopolita a ênfase está nos direitos universais e nos sistemas jurídicos do Estado-nação transnacional, neste caso do direito infra-estatal transnacional a ênfase se dá para o reconhecimento nacional e transnacional da pluralidade de direitos locais, da comunidade.

O reconhecimento pelos Estados dos direitos coletivos de grupos, que não fazem parte daqueles, é considerado uma ameaça ao princípio da soberania e visto como um incentivo às tensões internas do Estado.

A luta pelos direitos coletivos faz parte de uma política que Boaventura de Sousa SANTOS chamou de pluralidade jurídica crítica, e tem sido entendida assim pelos Estados-nação, que tendem a ver o reconhecimento dos direitos coletivos à criação de uma competência jurídica interna, como um desafio ao monopólio estatal da produção do direito.

Devido às novas contingências, os Estados estão tendo de mudar sua postura com relação aos povos indígenas: *“Hoje, sob a pressão da organização e a mobilização dos povos indígenas, os Estados nacionais estão sendo forçados a assumir uma posição mais multicultural e pluriétnica cuja permanência, como sabem muito bem as organizações indígenas, pressupõe o reconhecimento dos direitos coletivos e uma pluralidade de ordenamentos jurídicos fundada territorialmente”*.³⁵

No campo interno, a autodeterminação implica o reconhecimento da autonomia e autogoverno desses povos dentro das fronteiras do Estado; dentro do âmbito internacional, a busca se dá para o reconhecimento dos povos indígenas como entidades coletivas com personalidade jurídica, e legitimados para o exercício da autodeterminação.

Por se tratar de um direito que faz parte da cultura de cada povo indígena, e por haver uma heterogeneidade nas formas de direito de cada povo, seria errado tentar classificar essas manifestações jurídicas como se fossem algo homogêneo. Contudo, é possível verificar que, em sua grande maioria, os povos indígenas apresentam as características apresentadas por WEBER de um direito pré-moderno baseado em valores afetivos, e que foge a uma lógica abstrata. Os casos são decididos levando-se em consideração apreciações valorativas concretas. Por isso, podemos classificar o direito dos povos indígenas como predominantemente irracional.

Com relação às características de materialidade/formalidade, é mais comum aos povos indígenas a utilização de critérios extrajurídicos para a decisão dos casos, visto que são ordenamentos de sociedades pré-modernas que mediante a utilização dos critérios materiais buscam atender aos ideais de justiça. Entretanto, pode ser encontrado algum caso de um direito que se valha de critérios formais para a resolução dos problemas jurídicos. Mas, em qualquer desses casos, a característica irracionalidade sempre está presente. E podemos constatar que a característica materialidade é a prevalecente.

³⁵ SANTOS, Boaventura, op. cit., p.163

A Constituição Federal brasileira prevê um tratamento diferenciado aos indígenas; ou seja, há um tratamento racional e formal para esses grupos, reconhecido pela Lei Maior do país. Também na Declaração dos Direitos do Homem é previsto um tratamento diferenciado aos povos indígenas, que é mais uma garantia legal conquistada. Todavia o que é reivindicado por esses povos é o reconhecimento da sua autonomia dentro do território nacional e no âmbito internacional.

5.6. Direito Cosmopolita

Surgiu com o objetivo de alcançar as múltiplas vítimas de diversas formas de discriminação, que são o alvo preferido das violações em massa dos direitos humanos: os cidadãos considerados de segunda e terceira classe; trabalhadores e camponeses; mulheres; minorias étnicas e religiosas; homossexuais; enfim, todos que são desprotegidos de alguma forma.

Nas últimas quatro décadas, houve o crescimento de uma cultura jurídica cosmopolita, a partir de um entendimento transnacional do sofrimento humano e da constelação de ações transnacionais progressistas criadas visando diminuí-lo. Isso foi feito pelas coalizões de organizações não governamentais (ONG) locais, nacionais e transnacionais, que vêm crescendo expressivamente nos últimos anos.

O surgimento do regime internacional dos direitos humanos merece ser ressaltado. O regime criado pela Organização das Nações Unidas vem contribuindo para a erosão do monopólio dos Estados como sujeitos políticos internacionais, e aumentando a força das ONG de advocacia internacional e das ONG locais e nacionais dedicadas à promoção dos direitos humanos.

O registro de violações aos direitos humanos prova que a efetividade desses direitos está condicionada aos interesses dos Estados, e que a validade dessas declarações internacionais, que foram baseadas no consenso normativo, está negada abertamente.

Muitas violações dos direitos humanos são justificadas como prerrogativas da soberania, impostas por restrições ou em nome de interesses e objetivos de seguridade nacional definidos pelo Estado. A falta de sanções internacionais tem sido um incentivo às violações dos direitos humanos. Ressalta Boaventura de Sousa SANTOS que: *“Sob tais circunstâncias, a continuação de uma lógica estatista no campo dos direitos humanos*

*representará um obstáculo crescente para uma política internacional de direitos humanos eficiente e moralmente decente”.*³⁶

Este obstáculo apresentado está vinculado a um duplo processo. De um lado, o avanço das concepções de interesse nacional e segurança, apoiado pelos imperativos da globalização da economia e conforme os padrões de desenvolvimento voltado ao mercado, aumentará a vulnerabilidade dos aspectos dos direitos humanos quando estes colidirem contra tais imperativos; justificando, com isso, o uso das prerrogativas de soberania para violar os direitos humanos. Por outro lado, a globalização da economia está criando atores globais que possuem grande influência econômica. Por seu caráter privado, estes atores podem cometer violações massivas dos direitos humanos com absoluta impunidade em várias partes do mundo.

Como oposição às formas vigentes, Boaventura de Sousa SANTOS destaca a importância do cosmopolitismo:

Em resumo, de forma paralela ao discurso dominante e à prática dos direitos humanos concebidos como localismo globalizado ocidental, vem crescendo um discurso e uma prática dos direitos humanos concebidos como política cosmopolita. A tarefa central da política emancipadora de nosso tempo neste campo consiste em transformar a conceitualização e a prática dos direitos humanos, de um localismo globalizado a um projeto cosmopolita.³⁷

Boaventura de Sousa SANTOS assim ressalta o papel do cosmopolitismo nesse novo cenário mundial: *“Não se deve defender nem o universalismo nem o relativismo, senão melhor o cosmopolitismo, a dizer, a globalização das preocupações morais e políticas e as lutas contra a opressão e o sofrimento humanos.”.*³⁸

O objetivo de proteção aos grupos discriminados, o modo pelo qual foi criado, tudo influencia para um direito do tipo irracional. A própria finalidade dessa manifestação jurídica impede que seja fechado dentro de um sistema lógico. Um ordenamento que tenha a pretensão de ser um todo coerente, que por meio da abstração resolve todas situações jurídicas, não pode alcançar o objetivo proposto pelo cosmopolitismo de garantir a proteção dos grupos oprimidos, que está sujeito a situações variáveis. Somente diante de um direito que possa ser mais dinâmico, como o irracional, as pretensões do direito cosmopolita podem ser atingidas.

³⁶ SANTOS, Boaventura. op. cit.. p.192

³⁷ SANTOS, Boaventura. op. cit.. p.198

³⁸ SANTOS, Boaventura. op. cit.. p.198

A outra característica, que ficou claramente observada, é da materialidade. Sem a utilização de critérios materiais, não há como ser feita a proteção dos interesses proposta pelo cosmopolitismo. O formalismo é uma característica que não se coaduna com a manifestação jurídica identificada. A prisão dessa manifestação a processos de decisão peculiarmente jurídicos determinaria uma dificuldade a mais para a realização dos objetivos almejados por esse direito. Por se tratar de interesses dinâmicos, que devem levar em consideração critérios éticos, de justiça, dificilmente encontrariam proteção num sistema limitado a critérios jurídicos.

O direito cosmopolita é um espaço que deve buscar os diálogos interculturais sobre preocupações isomórficas. Conforme prevê Boaventura de Sousa SANTOS: *Como tribunal mundial, o cenário institucional será o mesmo um espaço e um tempo transnacional, que operará através de uma forma jurídica baseada na retórica.*”³⁹

5.7. O Jus Humanitatis

Boaventura vê o *jus humanitatis* como um campo privilegiado das lutas entre as formas capitalistas de globalização (localismos globalizados e globalismos localizados) de um lado, e as formas de globalização que buscam um novo paradigma (cosmopolitismo e legado comum da humanidade), de outro.

O referido autor concebe o *jus humanitatis* como: “a aspiração a uma forma de domínio dos recursos naturais ou culturais que, dada a extrema importância destes para a sustentabilidade e a qualidade da vida sobre a terra, deve ser considerada como propriedade global e manejada em favor da humanidade como um todo, tanto presente como futura”.⁴⁰

Nesse contexto, o *jus humanitatis* vai de encontro a dois pilares do paradigma dominante, que são: a propriedade, princípio sobre o qual está baseado o sistema mundial capitalista; e a soberania, sobre o qual está legitimado o sistema interestatal.

Devido à ligação existente entre os conceitos de cosmopolitismo e legado comum da humanidade, foi traçado um paralelo entre os dois conceitos:

enquanto que o cosmopolitismo significa a luta dos grupos sociais oprimidos por uma vida decente sob as novas condições da globalização das práticas sociais promovida pelo sistema mundial capitalista, o legado comum da humanidade significa a idéia de que essa

³⁹ SANTOS, Boaventura, op. cit., p.235

⁴⁰ SANTOS, Boaventura, op. cit., p.245

*luta será completamente exitosa somente em termos de um novo padrão de desenvolvimento e sociabilidade que incluirá necessariamente um novo contrato social com a Terra, a natureza e as gerações futuras.*⁴¹

O conceito de legado comum da humanidade traz consigo a idéia de que algumas entidades naturais pertencem à humanidade e que todos os povos têm o direito de opinar e participar no controle e distribuição de seus recursos. Alguns elementos estão associados a esse conceito. Boaventura de Sousa Santos identifica cinco: “*inapropriabilidade; manejo por parte de todos os povos; participação internacional nos benefícios obtidos da exploração dos recursos naturais; uso pacífico, incluindo liberdade de investigação científica em benefício de todos os povos; conservação para as gerações futuras.*”⁴²

O princípio do legado comum da humanidade avança para o *jus humanitatis*, que seria: “*um direito de e para a humanidade como um todo, o direito de uma condição humana decente em uma interação não dualista, senão melhor mutualista, com a natureza*”.⁴³

Nessa manifestação jurídica, chegamos ao ponto em que as preocupações são voltadas ao globo de um modo geral. Vários fatores influenciam essa forma de pensar. Um tipo de direito com todas essas particularidades, deve considerar inúmeros casuísmos e contingências para garantir a finalidade para o qual foi criado. Valores de variadas fontes terão suma importância para dar efetividade a essa manifestação jurídica no mundo fático. Por isso, a característica irracionalidade está bem presente nessa nova manifestação jurídica.

A partir de situações fáticas que envolvem o planeta, é que o *jus humanitatis* atua em defesa da humanidade como um todo. Sempre devem ser considerados critérios materiais para os casos que dizem respeito ao planeta, porque a principal preocupação está voltada para ideais de justiça e preservação. São questões novas, dinâmicas, que provavelmente não encontrariam uma solução em um sistema fechado. Destarte, somente um direito que não se atenha aos formalismos jurídicos poderá defender efetivamente os direitos referentes ao caso concreto.

⁴¹ SANTOS, Boaventura, op. cit., p.246

⁴² SANTOS, Boaventura, op. cit., p.247

⁴³ SANTOS, Boaventura, op. cit., p.257

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vistas todas as novas manifestações jurídicas e formas de globalização, identificadas por Boaventura de Sousa SANTOS, mostramos com essa análise sociológica novas situações que desafiam o modelo sob o qual está construído o sistema capitalista ocidental. Mesmo as manifestações próprias do capitalismo, não estão conseguindo manter as características que possuíam. Com a globalização, vários fatores das mais diferentes posições têm influência decisiva na formação do direito.

WEBER teve um papel brilhante na análise da história do direito e de sua evolução, construindo um panorama sobre a Modernidade ocidental. A partir de sua teorização, vimos que o direito racional-formal, concebido como um produto do capitalismo ocidental, não consegue dar efetividade aos novos direitos e situações criadas pela intensificação das relações internacionais. As novas manifestações jurídicas refletem uma quebra a esse paradigma. A característica materialidade foi vista como uma das possibilidades para se atingir a promoção da dignidade e a valorização do ser humano.

O objetivo econômico de atender à segurança jurídica, tão necessária nos negócios, vai de encontro à exigência de garantir os direitos do homem, violados constantemente em nome de interesses nacionais. Vimos que os pilares da Modernidade ocidental estão ruindo, e que o direito, como reflexo da sociedade, demonstra novas necessidades e a busca pela mudança através de um novo discurso. Como o professor José Antonio Peres GEDIEL disse em sala de aula: “o mundo não é feito de segurança jurídica, mas sim de relações sociais”.

7. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. *O Ícaro da Modernidade: Direito e Política em Max Weber*. São Paulo: Acadêmica, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Universidad Nacional de Colombia - facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 1998.

WEBER, Max. *Ciência e Política: Duas vocações*. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

WEBER, Max. *Economia y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica. 1ª.ed., 1963. vol.1.

_____. *Economia y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica. 1ª.ed., 1963. vol.2.

_____. *Economia y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica. 1ª.ed., 1963. vol.3.