

As Causas da Emergência e da Transformação do Direito e o Futuro da Sociedade e do Direito Internacional*

BEATRIZ CASTILHO COSTA

Mestre em Poder Judiciário. Fundação Getúlio Vargas – Direito Rio. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais. Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

MARCOS FERNANDES PASSOS

Mestre em Direito Internacional. Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais. Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

1 - NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O futuro do Direito a Deus pertence: essa seria a possível síntese do pensamento de um jurista do século XV, filiado à teoria do direito divino dos reis, sobre o futuro do direito. Aprimorada ao longo da história, essa teoria preconizava que o rei tinha o direito de governar de acordo com a vontade de Deus; o rei era a representação Deste na Terra. Isso incluiria desde a outorga de leis à inviolabilidade real. Essa teoria que durante anos prevaleceu no Direito se revela absolutamente anacrônica, mesmo para Estados em que há orientação religiosa. A história nos mostra que o Direito muda porque os fundamentos da sociedade mudam.

* Artigo elaborado como proposta final do curso “O Futuro do Direito”, ministrado pelo professor Paulo Barrozo, em março de 2013, na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio.

Este ensaio é inspirado no curso “O Futuro do Direito”, ministrado pelo professor Paulo Barrozo, em março de 2013, na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio. O professor convidou os participantes a pensarem o futuro do Direito sob cinco perspectivas: “O Futuro do Estado e do Direito Global”; “O Futuro da Igualdade e do Risco no Direito: da Família aos Mercados”; “O Futuro da Crueldade, da Misericórdia e da Dignidade Humana no Direito”; “O Futuro do Direito Penal no Constitucionalismo Contemporâneo”; e “O Futuro da Imaginação Jurídica”. A proposta era ousada, na medida em que “colocou nos ombros dos participantes”, ao menos durante aquela semana, o futuro do Direito. Sempre que o Direito muda, há alguém que tenha imaginado tal mudança; para isso, conferiu aos participantes poderes na criação de uma nova Constituição, de um novo direito penal e de um novo direito internacional.

Este ensaio focará, basicamente, em dois pontos abordados: as causas da emergência e da transformação do Direito e o futuro da sociedade e do Direito Internacional. Não há metodologia específica para este ensaio; são conhecimentos acumulados pelos autores sobre os temas escolhidos e expostos com o objetivo de *tirar o sono de (fazer um chamado a)* quem o ler para pensar sobre o futuro do Direito. Mesmo porque pensar em uma metodologia específica para tirar conclusões sobre o futuro teria tanta eficácia quanto aquelas utilizadas por cartomantes, quiromantes, profetas, ou outras atividades não científicas de estudo.

2 - AS CAUSAS DA EMERGÊNCIA E DA TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO LATO SENSU

2.1 - Fatores preponderantes na causação de emergência e de transformação do Direito

Segundo o professor Paulo Barrozo, há dois fatores preponderantes na causação da emergência e da transformação do Direito. O primeiro é relativo às pressões de coordenação social, ou seja, aos problemas que emergem do convívio humano. São problemas para os quais soluções virão, mesmo que imperfeitas. Contudo, como o Direito está sempre um passo atrás das necessidades sociais, o problema é apresentado e o Direito “corre atrás” para tentar solucioná-lo.

O segundo fator refere-se aos ideais, às aspirações humanas, às utopias, aos desejos, etc. Por vezes, esses desejos são articulados em ideais intelectualmente atraentes para a sociedade. Têm-se como exemplo os ideais da Revolução Francesa. Cabe ressaltar, porém, que a força dos ideais não tem menos força causal na evolução do Direito do que as já citadas pressões de coordenação.

2.2 - Risco e incerteza

O professor Barrozo entende que, a partir das pressões coordenadoras, deve-se pensar no risco e em como as sociedades lidam com ele. Com relação aos ideais, o pensamento deve estar focado na questão da igualdade.

Inicialmente, é preciso separar risco de incerteza, pois estes são diferentes. É possível que haja maior ou menor incerteza quanto ao risco.

Incerteza é um fenômeno da mente: há o aparato sensorial que capta o mundo a nossa volta, sendo o cérebro o grande integrador do que as faculdades sensoriais captam. A mente é capaz de pensar estrutural-causalmente; ou seja, é capaz de atribuir causas a efeitos, sendo esta uma “rua de mão dupla”. A sequência de acontecimentos é transformada em relação de causa-efeito. Como exemplo, há o nascimento do Sol. Há um juízo de probabilidade grande de que o Sol nascerá todos os dias, fazendo com que as pessoas, de maneira geral, façam planos com base em tal premissa.

O modo como se experimenta a relação causa-efeito é quase que uma certeza, ou, ainda, uma espécie incerteza. Sem essa capacidade de sugar advinda do aparato sensorial, as impressões pessoais de cada indivíduo, unificando-as em nossa mente, vendo sequências temporais de eventos e colocando-as em relação de causa e efeito, não há como se navegar no mundo.

O risco é a relação probabilística entre uma causa e um evento não desejado. Há riscos sobre os quais há incerteza cognitiva. Toma-se como exemplo a extinção de espécies: quais são os riscos para a vida do planeta ao se deixar que certas espécies sejam extintas?

Quando o risco é combinado com a incerteza, as sociedades tendem a agir de modo precavido. Assim, as sociedades tendem a pensar, por

exemplo, que um ataque terrorista com possível efeito catastrófico tem que ser respondido com cem por cento de prevenção

2.2.1 - Espécies de risco

O risco pode ser de três espécies diversas, sendo elas: riscos irreversíveis, catastróficos, e demais. Riscos irreversíveis ocorrem quando, olhando para as relações de causa e efeito, a sociedade conclui que se “A” ocorresse, o que quer de indesejável que se seguisse a “A” seria irreversível. Riscos catastróficos não são irreversíveis, mas a dor, o dano e o prejuízo deles advindos são muito grandes. É interessante se pensar esses riscos de uma perspectiva da sociedade. Na possibilidade de novos atentados como ao *World Trade Center*, por exemplo, a perda de um ente querido seria considerada irreversível para quem o perdesse; para a sociedade como um todo, no entanto, de acordo com a classificação do professor Barrozo, esse risco seria catastrófico, com perdas e danos catastróficos, porém reversíveis (acrescentei).

As sociedades se adaptam a tais riscos, sendo todos os três partes importantes dos aspectos de coordenação. Dessa forma, as políticas de saúde, por exemplo, são cálculos e análises acerca de custo-benefício. Quando se observa a vacinação infantil, percebe-se que milhares de crianças morrem em decorrência de vacinas todos os anos. Todavia, o número de crianças que morreriam das doenças contra as quais as vacinas protegem seria muito maior se não houvesse a vacinação.

2.3 - Ideais e igualdade

Segundo o professor Barrozo, com relação à igualdade, deve-se chegar ao seu conceito de modo indireto, por meio de duas concepções de mérito: mérito como capacitação específica e mérito como virtude.

O mérito como capacitação específica analisa o caso posto diante de si, com a aferição de uma habilidade específica, sem considerar o conjunto de fatores que podem envolver o sujeito. Tomemos como exemplo o vestibular: “A” estudou por toda a vida em um excelente colégio e pleiteia uma vaga na melhor universidade do país. Há a percepção, no Brasil,

de que o modo de melhor aferir a capacidade específica em se sair bem nos cursos e nas provas para o curso de Direito é por meio da análise de conhecimento, com provas aplicadas em dois ou três dias e que abarque disciplinas do Ensino Médio, o famoso vestibular. “A” tira uma excelente nota. Nesse caso, se o modelo de recrutamento está certo – mérito como capacitação específica -, faz sentido para instituição de ensino conceder uma vaga para quem tirou uma melhor nota.

Já no mérito com virtude, imagine-se que “A” cresceu num bairro pauperizado, sem escolas públicas de bom nível e com pais com baixa instrução, num universo urbano marcado por escassez e violência. A despeito disso, aspirou a vaga na citada universidade e atingiu nota mediana na prova. Se o modelo de recrutamento utilizado for o de capacitação específica, é possível que “A” não consiga uma vaga na melhor universidade; no entanto, caso se utilize o método do mérito como virtude há possibilidade de “A” conseguir sua vaga, desde que haja possibilidades de mensuração e de ponderação da capacidade de “A” de acordo com as oportunidades que lhe foram dadas.

A dificuldade dessa análise reside na subjetividade de cada fator da relação social de “A” em sua formação. Ser branco ou negro, heterossexual ou homossexual, católico, protestante ou ateu, rico ou pobre, filho de pais com distúrbios neurológicos ou grave doença, ser portador de doença grave: a dificuldade de se singularizar e se mensurar cada um desses fatores na análise mérito-virtude-oportunidade quase que inviabiliza essa possibilidade¹.

O mérito como capacitação específica é maior no primeiro exemplo, enquanto o mérito com virtude é maior no segundo. Assim, as sociedades têm de observar que tipo de discriminação é “saudável” e qual tipo é sabotadora da igualdade, de forma a maximizar a distribuição/alocação nesta sociedade.

3 - O FUTURO DA SOCIEDADE E DO DIREITO INTERNACIONAL

A justiça como fundamento da ordem sociojurídica, assim como o Direito, transforma-se ao longo do tempo: o que era justo no período do Absolutismo não necessariamente seria justo atualmente. A aspiração à

1 A esse respeito, é interessante que se estudem as ideias de posição original e véu da ignorância, no que se refere ao princípio da liberdade e, especialmente, ao princípio da igualdade. Este se subdivide em princípio da igualdade justa de oportunidade em princípio da diferença, em que assimetrias seriam corrigidas. Ver John Rawls, em **Teoria da Justiça**.

justiça, contemporaneamente, no entanto, permanece; possivelmente, permanecerá como aspiração da ordem social no futuro. Fosse a intenção dos autores a vaticinação, esta seria a primeira (e provavelmente a última) tentativa: a justiça continuará como fundamento na ordem social.

A mediação entre passado e futuro é feita pelo presente, independentemente de se conceber o presente como um instante fugaz, ou o presente como o momento histórico pelo qual passa a humanidade. A crítica do professor ao Direito e ao ensino do Direito em geral, mais especialmente no Brasil, dá-se porque há uma excessiva perspectiva passadista. O professor Barrozo opta usar a expressão “passadista” em vez de “conservadora” ou “tradicional”, a fim de evitar que seja realizado qualquer juízo de valor. Inevitavelmente, a tradição também medeia passado e futuro. O que é tradição é escolha, no presente, de ideias e conceitos passados com intenção de projetá-las no futuro. Deve-se ressaltar que a tradição não necessariamente tem de ser conservadora; a tradição também pode ser progressista e, assim como o Direito, também é mutável.

A primeira proposta do professor Barrozo é, sem esquecer-se do passado, mas também sem se dar a este um peso excessivo, pensar o futuro do Direito. Para pensar no futuro do Direito, é preciso compreender como o Direito é alterado. A alteração do Direito é proporcionada pela forma com que a sociedade interage entre si.

Por ser um ramo do Direito, o Direito Internacional Público também se altera por meio da interação social. São Tomás de Aquino (1225-1274) admitia o homicídio do tirano como guerra justa; todavia, por muitos séculos, a teoria do poder divino dos reis prevaleceu. Francisco de Suarez (1548-1617) reformulou a teoria divina ao afirmar que o poder é divino, mas atribuído a toda a comunidade política e não apenas a alguns “escolhidos”. Com ideias de Tomás de Aquino, Suarez aprimorou a teoria do direito divino em seu momento histórico (o momento presente dele), baseado no passadismo de seu tempo, projetando ideias para o futuro.

A teoria do direito natural, considerando o momento histórico do Estado Moderno, ganhou ainda mais relevo em 1689, com o “Bill of Rights”, que considerava que o inglês era possuidor de alguns direitos e deveres inerentes a ele. Em contraposição ao direito natural, surge o positivismo, que durante muito tempo prevaleceu no mundo jurídico. O renascimento do direito natural não se deve à elevação da religiosidade ao direito. A ascensão do direito natural está relacionada à fundamentação

ética de determinados direitos inerentes ao ser humano. Percebe-se, nessa relação, a influência do passadismo sobre o presente e a sua influência sobre o futuro, em alguns momentos históricos.

O Direito Internacional Público, como dito, é influenciável pela sociedade. O conteúdo do conjunto de regras e normas da sociedade internacional se modifica na medida em que se modifica a percepção sobre a sociedade internacional. Tradicionalmente, a percepção de sociedade internacional esteve limitada aos Estados-nação, o que é percebido pela etimologia do termo *inter nacional*. Com a criação das Organizações Internacionais Intergovernamentais, a sociedade internacional tornou-se um pouco mais complexa: Estados, como sujeitos originários; e organizações internacionais, como sujeitos derivados. Atualmente, o renascimento do direito natural ensejou a elevação do ser humano como sujeito de DIP pela corrente majoritária; mais uma vez, percebe-se a alteração do Direito com vistas ao passado, mas objetivando o futuro.

A interpenetração entre temas – outrora polarizados - públicos e privados, consequência da globalização, enseja o pensamento do Direito Público e Privado cada vez mais em conjunto. Com isso, é possível que as organizações internacionais não governamentais e as empresas transnacionais sejam consideradas sujeitos de DI; para as primeiras, já há espaço para manifestações junto às OIs; para as últimas, já há possibilidades de demandarem em face de Estados junto a organismos internacionais, como do ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*, do qual o Brasil não faz parte). Mais uma vez, a História mostra a correlação entre passado e futuro.

Especificamente sobre o fim do Estado Moderno pela criação de organizações supranacionais, como a União Europeia, exemplificado por Barrozo, entende-se contrariamente ao professor, na medida em que não necessariamente a criação destas implica fim do Estado. Se, por um lado, as organizações internacionais podem, inicialmente, ser rivais à existência de Estados no presente; por outro, no futuro, essa organização pode transformar-se em um Estado maior: é o que parece acontecer com a União Europeia, aspirado por seus pais fundadores antes mesmo da criação da Comunidade Econômica do Carvão e do Aço, precursora da UE. Kant já imaginava a Europa como um único Estado Federado, além de imaginar também um Direito Cosmopolita, em que considerava o indivíduo como cidadão do mundo e um sujeito da sociedade cosmopolita como o Estado.

Não se entende, outrossim, que as OIs se rivalizam com a existência do Estado Moderno. As OIs são expressão da mudança na relação da sociedade internacional; assim como não se imaginam pessoas isoladas no mundo, há formas de relação dos Estados com outros sujeitos e atores. Embora o Estado ainda figure como sujeito principal, inegavelmente, a história recente do Direito Internacional aponta para maior interdependência, interconectividade, o que desafia o Direito Internacional, compreendido como o estabilizador das relações na sociedade internacional. A inter-relação entre passado e futuro no Direito Internacional não se limita, portanto, à existência ou não do Estado.

É interessante pensar sobre o passadismo no DIP analisando-se, rapidamente, o costume como fonte de DIP.

O costume - prática reiterada obrigatória para os sujeitos de DI - é composto por dois elementos indissociáveis: o elemento objetivo, ou seja, a prática reiterada e o elemento subjetivo (*opinio juris sive necessitatis*), que é a percepção da obrigatoriedade desta prática pelos sujeitos de DIP. A revogação do costume ocorre tanto por um tratado posterior (também fonte de DIP), como por um novo costume, uma nova prática reiterada e obrigatória, o que evidencia a mediação entre passado e futuro no DIP. O costume é, portanto, construção do presente, com base em práticas reiteradas do passado, com implicações futuras.

Além desses exemplos, para posterior análise da relação entre passado e futuro, o estudo da influência entre documentos internacionais, como tratados e declarações, e o direito nacional, constituição e leis, é relevante. Essa análise pode ter dupla perspectiva: a dos Estados historicamente mais influentes nas relações internacionais, como os EUA, e demais países, como o Brasil. Compreender de que forma o direito americano influencia o Direito Internacional e de que forma este influencia tanto o direito americano como o brasileiro pode apontar o trajeto entre o passado e o futuro do direito objeto de estudo. À ideia então de força de pressão de coordenação social e força de coordenação de mudanças do direito poderá agregar-se a ideia de pressão de subordinação social e de forças de subordinação de mudanças, na medida em que “coordenação” pressupõe igualdade de forças e “subordinação” pressupõe hierarquia, forças mais influentes e determinantes que outras.

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conceber conclusões peremptórias, em tão pouco tempo, sobre um tema tão amplo quanto abstrato, é encontrar-se entre o limite da irresponsabilidade e da ousadia. Pensar o futuro do Direito, o futuro do ensino Direito e a implicação deles no mundo sobre a perspectiva pasadista é um erro, assim como pensar que a educação é suficiente para mudar o mundo; de acordo com Paulo Freire, “educação não transforma o mundo. Educação muda pessoas. Pessoas transformam o mundo”. A proposta de reflexão do Direito imaginando-se o futuro é ousada, arriscada e inerentemente incerta.

Do ponto de vista histórico, o modo como as sociedades se adaptaram para dar conta do risco deu foco e substância às instituições e às regras do sistema jurídico. O modo como se regula o risco é fator central no Direito.

Pode haver incerteza quanto à existência do Estado-nação no futuro, mas esse risco parece ser diminuto. Isso não significa, de forma alguma, que a sociedade internacional seja imutável. Conforme apontado, a relação entre sujeitos e atores em âmbito internacional é cada vez mais intensa, o que desafia o Direito a se atualizar. Inevitavelmente, na corrida entre alteração do Direito e das relações, internacional ou internamente, o Direito leva desvantagem, considerando a maior adaptabilidade das relações. O desafio do Direito em transformar a abstratividade normativa em solução a casos concretos não dispensará a justiça como elemento fundamental, também mutável, de forma a se adequar a um conjunto de ideais de determinado momento histórico.

Considerando-se que pessoas transformam o mundo, a interação entre elas e suas experiências sociais nortearão as mudanças do mundo e, conseqüentemente, no Direito. Por ser o Direito o estabilizador de uma sociedade mutável, refletir sobre o futuro dele é importante. Não se deve esperar que a reflexão e a solução sejam dadas por intelectuais de países tradicionalmente marcados pela inovação (EUA e Alemanha, por exemplo) em diferentes campos, como Medicina, Engenharia e Direito: assim como pessoas pensaram mudanças do Direito em vários momentos históricos, o futuro do Direito será fruto da imaginação de intelectuais, independente de nacionalidade, que pensaram o Direito no presente. ❖