

A CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA NORMATIVIDADE “IMPERIAL” E O PAPEL DO CONSTITUCIONALISMO NO CONTEXTO DO “IMPÉRIO”

THE CONSTRUCTION OF A NEW “IMPERIAL” NORMATIVITY AND THE ROLE
OF CONSTITUTIONALISM IN THE CONTEXT OF THE “EMPIRE.”

LA CONSTRUCCIÓN DE UNA NUEVA NORMATIVA “IMPERIAL” Y EL PAPEL
DEL CONSTITUCIONALISMO EN EL CONTEXTO DEL “IMPERIO”

Licença CC BY:

Artigo distribuído sob os termos Creative Commons, permite uso e distribuição irrestrita em qualquer meio desde que o autor credite a fonte original.



Fernando Hoffmam¹

Jose Luis Bolzan de Moraes²

RESUMO

Contextualização do tema: o presente trabalho propõe analisar o lugar do constitucionalismo no contexto do “Império” frente à normatividade “imperial” que se constrói a partir das normas técnicas e de gestão (*standards* e indicadores) que passam a instituir novas ordens normativas para além do Estado e da normatividade estatal (constitucional).

¹ Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Bolsista PROEX/CAPES no Mestrado e Doutorado; Membro do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição e da Rede Interinstitucional de Pesquisa Estado e Constituição, registrado junto à FDV/ES, à ESDHC/MG e ao CNPQ; Professor Adjunto I do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Líder do Grupo de Pesquisa Núcleo de Estudos do Comum (NEC) registrado junto à UFSM/RS e ao CNPQ; Especialista em Direito: Temas Emergentes em Novas Tecnologias da Informação e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA).E-mail: ferdhoffa@yahoo.com.br

² Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra; Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pela Université de Montpellier I; Mestre em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ); Professor do Programa de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado – da Faculdade de Direito de Vitória (FDV/ES), da Universidade de Itaúna (MG) e da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC/MG); Procurador do Estado do Rio Grande do Sul em Brasília. E-mail: bolzan@hotmail.com

Objetivos: assim, objetiva-se desvelar o surgimento de novos atores privados e de novos centros de produção e aplicação de normas, além de uma pluralidade normativa, trazendo à luz as suas características, bem como compreender o processo de interação dessas normatividades com a normatividade constitucional (estatal), respondendo à pergunta sobre o “como” dessa interação, se por meio do diálogo ou da concorrência normativa, apontando o papel e a importância do constitucionalismo para garantia e concretização dos direitos humanos face a esta normatividade “imperial”.

Metodologia: como referencial metodológico e teórico-analítico, se utiliza o materialismo histórico no viés de Antonio Negri.

Resultados: como resultados, apresenta-se que no contexto do “Império”, efetivamente, operam novos atores e novas normatividades para além dos estatais e constitucionais, o que invariavelmente provoca um deslocamento dos direitos humanos para direitos provados, como centro na produção e aplicação do direito, o que importa afirmar que o constitucionalismo tem um papel vital na concretização e garantia dos direitos humanos face a esse novo contexto normativo.

Palavras-chave: Concorrência Normativa. Constitucionalismo. Diálogo Normativo. Direitos Humanos. Normatividade “Imperial”.

ABSTRACT

Background to the theme: This work aims to analyze the place of constitutionalism in the context of the “Empire” faced with the “imperial” normativity that is constructed from the technical standards and indicators, which institute new normative orders beyond the State and the state (constitutional) normativity.

Aims: thus, the aim is to show the emergence of new private actors and new centers for the production and application of norms, as well as a normative plurality, bringing to light its characteristics, and to understand the process of interaction of these normativities with the constitutional (state) normativity, answering the question of “how” of this interaction, whether through dialog or normative competition, points to the role and importance of constitutionalism for the guarantee and realization of human rights in the face of this “imperial” normativity.

Methodology: as a methodological and theoretical-analytical framework, historical materialism is used, according to the bias of Antonio Negri’.

Results: the results present the view that in the context of the “Empire”, new actors and norms operate, in addition to state and constitutional norms, which invariably causes a shift of human rights to proven rights, as a center in the production and application of the law, it is important to affirm that constitutionalism has a vital role to play in the implementation and guarantee of human rights, in the face of this new regulatory context.

Keywords: Regulatory competition. Constitutionalism. Normative dialog. Human rights. “Imperial” Normativity.

RESUMEN

Contextualización del tema: El presente trabajo propone analizar el lugar del constitucionalismo en el contexto del “Imperio” frente a la normativa “imperial” que se construye a partir de las normas técnicas y de gestión (*standards* e indicadores) que pasan a instituir nuevas órdenes normativas más allá del Estado y de la normativa estatal (constitucional).

Objetivos: Se objetiva desvelar el surgimiento de nuevos actores privados y de nuevos centros de producción y aplicación de normas, más allá de una pluralidad normativa, sacando a la luz sus características, bien como comprender el proceso de interacción de estas normativas con la normativa constitucional (estatal), respondiendo a la pregunta sobre el “cómo” de esta interacción, si es por medio del diálogo o de la concurrencia de normas, apuntando el papel y la importancia del constitucionalismo para garantizar e implementar los derechos humanos frente a esta normativa “imperial”.

Metodología: como marco metodológico y teórico analítico, se utiliza el materialismo histórico en el sesgo de Antonio Negri.

Resultados: como resultados, se presenta que en el contexto del “Imperio”, efectivamente, operan nuevos actores y nuevas normativas más allá de las estatales y constitucionales, lo que invariablemente provoca un desplazamiento de los derechos humanos para derechos probados, como centro en la producción y aplicación del derecho, lo que importa afirmar es que el constitucionalismo tiene un papel vital en la implantación y garantía de los derechos humanos frente a este nuevo contexto normativo.

Palabras clave: Concurrencia de Normas. Constitucionalismo. Diálogo Normativo. Derechos Humanos. Normatividad “Imperial”.

INTRODUÇÃO

O Direito, na atualidade, está inserido em um panorama de transformações que afetam, para além do próprio Direito, o seu lugar privilegiado de produção e aplicação, qual seja, o Estado. Nesse sentido, é evidente a perda do monopólio estatal de produção e aplicação do direito face a outros centros de poder que proliferam no âmbito nacional e internacional, agindo globalmente no que tange à produção e aplicação normativas e fazendo com que surja o questionamento pelo lugar do Estado e do constitucionalismo nesse cenário (Parte 1).

Porquanto, se o paradigma estatal e o constitucionalismo que o acompanha perdem espaço – e isso é inegável –, essa perda de espaço se dá diretamente pelo surgimento

de um novo paradigma de soberania denominado “Império”, que implica, no tocante ao Direito e ao Estado, o “surgimento” de novos atores – as empresas transnacionais – e de uma nova normatividade “imperial” – normas técnicas e de gestão –, gerando uma descentralização em relação à produção e aplicação do direito, e, ao mesmo tempo, uma centralização em um novo centro de biopoder (Parte 2).

Desse modo, torna-se importante compreender o processo de interação entre a normatividade jurídica e a nova normatividade “imperial”, desvelando se o seu acontecimento ocorre sob a forma do diálogo ou da concorrência. Nesse cenário em que proliferam normatividades e atores e transita-se entre o diálogo e a concorrência, torna-se necessário compreender o papel e a importância ainda do constitucionalismo face à normatividade “imperial” (Parte 3).

Para tanto, utiliza-se como referencial metodológico e teórico-analítico o materialismo histórico no viés de Antonio Negri³, para o que, certamente, cabem algumas explicações: a construção teórica de Antonio Negri se desenvolve no terreno do marxismo. No entanto, a corrente do pensamento marxista representada por Negri busca uma atualização do marxismo no sentido de situá-lo frente às dinâmicas contemporâneas, mas sem se afastar dos conceitos fundamentais do materialismo histórico marxista, que são: a) a tendência histórica, b) a abstração real, c) o antagonismo e d) a constituição da subjetividade. Neste sentido, o método de Negri considera o antagonismo entre uma subjetividade criativa e uma subjetividade constituída pelo capital. É nesse sentido que se estabelecem novas categorias de análise que permitem compreender o papel do Estado e do Constitucionalismo nesse cenário, compreendendo o fenômeno da produção normativa estatal a partir dessas categorias em antagonismo às normatividades “imperiais”, e como forma de proteção dos direitos humanos face à ação e práticas “imperiais”. Desta forma, se estabelece nosso marco teórico e metodológico, e se define a forma como trabalhar-se-á, neste artigo, o materialismo histórico. Assim, a utilização desse método permeia todo o desenvolvimento do trabalho realizado, que tem como eixo central as lutas presentes na modernidade e na pós-modernidade entre as forças do capital e as forças de resistência.

³ Aqui é importante referir que, para a construção do referencial metodológico e teórico-analítico que guia o presente trabalho, além de se levar em conta a obra de Antonio Negri, também se toma por base a leitura empreendida por: (BERNARDES, Márcio de Souza. **A (Re) Invenção do Comum no Novo Constitucionalismo Latino-Americano: ecologia política, direito e resistência na América Latina**. Florianópolis: UFSC, 2017, 311 p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

1 O FIM DO MONOPÓLIO ESTATAL DA PRODUÇÃO NORMATIVA E O LUGAR DO CONSTITUCIONALISMO

De pronto, é necessário considerar o Estado, como se apresenta no presente artigo, a partir do seu modelo moderno, ou seja, inserido em uma historicidade própria, sendo localizado geograficamente, e tendo uma temporalidade que determina uma dada compreensão das suas formas e transformações⁴. Desse modo, é necessário deixar claro que, nesse contexto, o Estado mantém o monopólio no que tange à produção e aplicação do direito, e, não somente isso, como também detém a centralidade na positivação, garantia e concretização dos direitos que emergem e se modificam vinculados à própria estatalidade.

Nessa perspectiva, o Estado, em todas as suas formas constitui-se alicerçado em determinadas características que são comuns a todo e quaisquer modelos estatais, erguidos desde a modernidade, sendo uma dessas a manutenção do monopólio estatal da força, por meio do que foi apontado acima. As formas estatais modernas, embora diferenciem-se entre si, mantêm-se associadas a um núcleo central e a características que as marcam e definem.

Nesse passo, Anderson Vichinkeski Teixeira⁵ considera uma importante característica ligada ao modelo estatal pela sua forma social, a centralidade que as constituições passam a ocupar na arena jurídica e política. Diferentemente do paradigma estatal liberal, as constituições passam a ter reconhecida a sua normatividade, ou seja, a centralidade do seu texto enquanto norma que conduz política e Direito nos rumos determinados por ela soberanamente.

Veja-se que é justamente nesse contexto que a(s) Constituição(ões) e, necessariamente, o constitucionalismo que se transmuta, passa a ter uma relevância vital para a garantia e concretização dos direitos dos cidadãos que habitam os textos constitucionais. É nesse caminho que, no pós-Segunda Guerra, o constitucionalismo se apresenta na arena internacional e passa a dialogar com o próprio direito internacional, sobretudo em meio a um processo/fenômeno de internacionalização do direito nacional (do Estado) e, ao mesmo tempo, de constitucionalização do direito internacional, que passa a ingressar nos textos de diversas constituições⁶.

4 BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; HOFFMAM, Fernando. Por Uma Identidade Constitucional “Comum”. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, 2015, v. 20, n. 3, p. 860-884.

5 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Direito Público Transnacional: por uma compreensão sistêmica das esferas transnacionais de regulação jurídica. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, 2014, v. 19, n. 2, p. 400-429.

6 BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. O Constitucionalismo e a Internacionalização dos Direitos Humanos. In: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; NETO; Alfredo Copetti (Org). **Estado e Constituição: a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos**. Ijuí: Unijuí, 2013, p. 15-55.

Estado, Direito e Constituição apontam para um constitucionalismo normativo e vinculante, que não admite retrocessos no que toca aos direitos humano-fundamentais, seja nacional ou internacionalmente apreendidos. Isso posto, é válido ressaltar que os direitos humano-fundamentais passam a atender aos cidadãos para além dos vínculos criados com o Estado-nação, na arena internacional.

Nesse caminhar, vislumbra-se, de acordo com Jose Luis Bolzan de Moraes e Fernando Hoffmam⁷, uma abertura paradigmática que atinge a estatalidade e a juridicidade, e provoca uma permeabilidade entre nacional e internacional, que configura uma nova forma de organização das instituições clássicas que surgem com o paradigma estatal. Constitui-se – ou pelo menos há um movimento nessa direção – um constitucionalismo identitariamente comum, ou seja, que traz na sua identidade o signo comum da consolidação dos direitos humano-fundamentais, enquanto basilares do direito.

Nesse movimento de abertura, a Constituição passa a ser – ou deveria passar a ser, já que não é bem isso que acontece – o ponto central do ordenamento jurídico e da normatividade sob o prisma nacional e internacional, tendo a centralidade de uma ordem normativa aberta, porosa, permeável, policêntrica e plural, que configura novas formas de se perceber o Direito e de se atuar em nome dos direitos⁸. O constitucionalismo, que esteve durante toda a sua história até aqui ligado ao Estado, descentra-se desse *locus* privilegiado de poder, pois é atingido em cheio pelo fenômeno da globalização, passando a lidar com outras perspectivas e centros de poder que perpassam a estatalidade e vão muito além dela⁹. Com efeito:

Por isso, parte-se do reconhecimento de uma (1) crise conceitual do Estado, gerada pela porosidade/esboroamento da soberania que constitui o seu cerne, como forma e instituição político-jurídica moderna, afetando também os seus outros elementos característicos (território e povo), que, por sua vez, aponta à (2) transição paradigmática da teoria jurídica contemporânea, ou seja, indicando a formação de um novo paradigma ainda por vir – implicações próprias da mundialização sobre o universo jurídico atual, expondo, assim, os desafios do constitucionalismo em tempos de globalização¹⁰.

7 BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; HOFFMAM, Fernando. Por Uma Identidade Constitucional “Comum”. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, 2015, v. 20, n. 3, p. 860-884.

8 DE JULIOS-CAMUZANO, Alfonso. **Constitucionalismo Em Tempos de Globalização**. Tradução: Jose Luis Bolzan de Moraes; Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 81.

9 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Direito Público Transnacional: por uma compreensão sistêmica das esferas transnacionais de regulação jurídica. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, 2014, v. 19, n. 2, p. 400-429.

10 BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; HOFFMAM, Fernando. Por Uma Identidade Constitucional “Comum”. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, 2015, v. 20, n. 3, p. 860-884.

Conforme Anderson Vichinkeski Teixeira¹¹, nesse caminho, pode-se notar um novo constitucionalismo que não se vincula mais somente ao Estado e às fontes políticas jurídicas e sociais que dele derivam, mas sim, liga-se a um cenário multifacetado de fontes políticas, sociais, econômicas, que não acompanham, necessariamente, o rumo apontado constitucionalmente pela estatalidade. Passa a ser possível identificar um cenário multifacetado de atores, centros de produção e aplicação de normas, bem como, um policentrismo no que se relaciona com a própria normatividade.

Desse modo, a partir de uma infinidade de movimentos e fenômenos que incidem sobre a forma estatal, como o pluralismo político e social, a internacionalização do direito pelos direitos humanos, a formação de centros de poder concorrentes, a institucionalização por parte dos próprios Estados de instâncias supranacionais, a construção de jurisdições e Tribunais internacionais, entre tantos outros, o Estado, necessariamente, se coloca de maneira diversa na arena política e jurídica na atualidade¹². Esses tensionamentos importam, entre outras questões, na perda do monopólio estatal no que tange à produção e aplicação do direito, o que pode, sem dúvida alguma, apontar para uma direção benéfica ligada ao pluralismo social, ao reconhecimento das diferenças, de novos direitos ligados a novos sujeitos, ao reconhecimento dos movimentos sociais e das lutas por direitos que deles toma forma, mas também pode partir de uma agenda negativa que se relaciona com questões que são postas e pensadas à desarmonia do Estado, do Direito, do constitucionalismo e, nesse bojo, dos direitos humano-fundamentais.

Essa movimentação contemporânea do Estado e do constitucionalismo podem significar a abertura, construção, invenção ou imposição de novos espaços normativos, o que pode beneficiar a constituição de espaços normativos cosmopolitas – ainda que sob a égide de um novo cosmopolitismo¹³ – mas, também, pode gerar *loci* de poder e normatividade que não se interessam ou se conectam com desideratos cosmopolitas, democráticos, e de proteção, garantia e concretização dos direitos humanos¹⁴. Tanto emergem convergências nas tradições jurídicas que se conectam, quanto se percebe uma homogeneização jurídico-cultural, sob o risco de um imperialismo de tradições jurídicas hegemônicas ditadas pelo predomínio econômico que se converte em político, jurídico e cultural através da instituição do “Império”, enquanto novo paradigma de soberania.

11 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Direito Público Transnacional: por uma compreensão sistêmica das esferas transnacionais de regulação jurídica. *In: Revista Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí, 2014, v. 19, n. 2, p. 400-429.

12 CRUZ, Paulo Márcio; GLASENAPP, Maikon Cristiano. Estados e os Novos Ambientes Transnacionais. *In: Revista Direitos Fundamentais e Justiça*. Porto Alegre, 2015, ano 9, n. 31, p. 110-133.

13 Sobre a possibilidade e as condições de se estruturar no novo cosmopolitismo, ver: (HOFFMAM, Fernando. **Do Cosmopolitismo Ao “Comumpolitismo” Enquanto Um Novo Ambiente Para os Direitos Humanos na Era do Império**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

14 BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; HOFFMAM, Fernando. Por Uma Identidade Constitucional “Comum”. *In: Revista Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí, 2015, v. 20, n. 3, p. 860-884.

Nesse cenário é que se colocam as relativizações pelas quais passam o paradigma estatal e o constitucionalismo, que estão diretamente relacionadas com o fenômeno da globalização econômica e da conjuntura transnacional peculiares ao capitalismo em sua nova forma. Desse modo, a abertura não é necessariamente ruim, mas, sim, torna-se prejudicial quando tende a uma abertura para a relativização de direitos, formas, conteúdos, estruturas protetivas e garantidoras típicas do Estado de Direito e do constitucionalismo que o acompanha.

O capitalismo e o mercado transnacional implicam a conjuntura de um estatualismo e de um constitucionalismo transnacionais que passam a habitar o imaginário; a teoria e a prática jurídicas na atualidade, contribuindo para a perda de centralidade do Estado e do constitucionalismo como fontes que garantem direitos humano-fundamentais¹⁵. Estado e constitucionalismo soçobram frente à constituição de um novo paradigma de soberania, o qual denominamos de "Império". Aqui, se inaugura uma nova "figura" de soberania, que implica uma nova apreensão do jurídico, que não mais estritamente ligado à estatalidade e aos desideratos constitucionais.

Nesse momento, se institui uma nova normatividade que, para o presente artigo, nasce do paradigma do "Império", e está inserida na lógica "imperial" de sobreposição ao Estado sua utilização como mais uma estrutura "imperial" de poder. O "Império" produz uma normatividade que se dá ao arrepio do Estado e da ordem democrática, bem como não se importa, no mais das vezes, com as exigências dos direitos humanos, seja em nível nacional ou internacional.

A partir desse momento, passa o Direito a lidar com ordens normativas distintas, oriundas de lugares diversos de produção do direito, ligadas a atores múltiplos, e buscando variados interesses, que não os da ordem democrática e dos direitos humanos. E, é importante demarcar que, quando se fala aqui em diferentes normatividades ou ordens normativas, desde esse momento, fala-se em normatividades construídas fora e para além do constitucionalismo e do Estado, como também, em normas construídas legislativamente dentro do jogo democrático, oriundas do Estado e necessariamente compatíveis com a constitucionalidade e com os direitos garantidos constitucionalmente, sendo que, essas normas, para este trabalho, serão denominadas de "normas jurídicas" especificamente.

Dessa forma, assim como ainda há uma normatividade jurídica oriunda do Estado, no entanto, há uma normatividade procedente de outros atores e produzida em outros lugares, veiculando novos desideratos, novos meios de produção, e novos meios de aplicação do direito, que não mais exclusivamente os pertinentes à estatalidade e ao constitucionalismo. A essas normas se dará o nome de "normas de gestão" (*standards* e 15 CRUZ, Paulo Márcio; GLASENAPP, Maikon Cristiano. Estados e os Novos Ambientes Transnacionais. In: **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**. Porto Alegre, 2015, ano 9, n. 31, p. 110-133.

indicadores), conformando uma normatividade “imperial”, e é o que se passa a tratar.

2 A NOVA NORMATIVIDADE “IMPERIAL” E OS NOVOS ATORES “IMPERIAIS”: DO QUE ESTAMOS FALANDO?

Nessa caminhada, é imprescindível, já de imediato, determinar conceitualmente o que é o “Império”, e antes de qualquer coisa, uma advertência se faz necessária: o “Império” é um conceito, e não uma metáfora relacionada aos tempos imperiais, ou seja, à experiência romana, chinesa, americana – aqui se fala em continente americano – anteriores. Partindo daí o “Império” se caracteriza pela ausência de fronteiras e, assim, estende o seu poder e a sua normatividade sobre todo o mundo civilizado, abrangendo a totalidade do espaço; num segundo momento, é importante demarcar que o “Império” não nasce de processos de conquista, mas sim como uma ordem de coisas que se coloca naturalmente, e perenemente suspendendo a história e fundando uma temporalidade própria. Também é importante deixar claro que o “Império” projeta o seu poder por toda a ordem social, e não apenas pela ordem política e jurídica como espaços típicos do exercício da soberania, por isso, se coloca como uma forma de biopoder, e biopoliticamente controla a própria vida dos indivíduos, até mesmo formando novas subjetividades. E, paradoxalmente, embora se estruture e movimente a partir de um estado de guerra global, o conceito de “Império” é sempre dedicado à paz; no entanto, uma paz do sistema – uma paz “imperial”¹⁶.

Dessa forma, o conceito de “Império” é global, emana o seu poder de um único centro, mostrando-se como um poder unitário responsável por manter a paz social e produzir os seus valores éticos. Para alcançar esse desiderato, lhe é dada a força necessária e o poder do exercício da coerção, configurando-se um biopoder capaz de buscar a manutenção da paz controlando as guerras que produz¹⁷. Com efeito:

O novo paradigma é ao mesmo tempo estrutura e hierarquia, construção centralizada de normas e produção de legitimidade de grande alcance, espalhada sobre o espaço mundial. É configurado *ab initio* como dinâmica e flexível estrutura sistêmica, articulada horizontalmente [...]. Alguns chamam de “governança sem governo” para indicar a lógica estrutural, às vezes, imperceptível, mas sempre e cada vez mais efetiva, que move todos os atores dentro da ordem global¹⁸.

Nesse sentido, há uma nova autoridade central que organiza e estrutura um sistema

16 HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução: Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 13-15.

17 HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução: Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 28-29.

18 HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução: Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 31.

de práticas, mecanismos e normatividades que partem dela e chegam nela, ou seja, o paradigma “imperial” é ponto de partida e de chegada de toda a normatividade, e de todas as práticas que conduzem a política “imperial”. Nesse viés, Michael Hardt e Antonio Negri¹⁹ questionam se o termo jurídico ou Direito ainda deve ser utilizado no atual contexto “imperial”, e respondem no sentido de que as normas supranacionais acabam por adentrar e se sobrepor à ordem normativa adstrita ao Estado-nação, ou seja, o chamado Direito transnacional aberto e flexível se sobrepõe ao Estado e ao constitucionalismo, deixando-os em segundo plano, mas não os eliminando.

Traça-se uma paisagem jurídico-normativa imprecisa, pois é atacada pela ordem “imperial” e sua normatividade descentralizada e, principalmente, despreocupada com a estatalidade, com a ordem constitucional, e com os direitos humanos oriundos dessas instituições. A normatividade emanada do “Império” é dirigida a partir das intenções e fins traçados pelo próprio paradigma “imperial” enquanto uma nova ordem soberana que destrona o direito produzido com base em processos democráticos. As normas “imperiais” são produzidas a partir das possibilidades buscadas pelo mercado, desde a reorganização da soberania.

Ugo Mattei²⁰, nessa linha, embora fale de um processo de americanização do direito, o qual não se coaduna com o intento deste artigo, acerta ao proclamar que a normatividade imperial é dominante no sistema jurídico mundial, bem como que ela é produzida no interesse do capital e por uma infinidade de atores privados, que, por óbvio, são responsáveis por um *déficit* de democracia dessa nova normatividade. “A lei imperial é moldada por um espetacular processo de exagero, visando à construção de consentimento com a finalidade de dominação hegemônica”. É possível dizer que “as vertentes do Direito, em vias de transnacionalização, articulam-se em múltiplos níveis, governos, administrações locais, instituições intergovernamentais, cortes ultraestatais e nacionais, *networks*, organismos híbridos (público-privado) [...]”²¹, entre tantas outras formas de poder, mas todas sempre articuladas a partir do biopoder “imperial”.

O novo paradigma imperial de soberania faz com que essa nova normatividade permeie indistintamente as normatividades estatais, utilizando-as quando necessário, mas também as descartando sempre que afrontarem esse novo paradigma. Como afirma Márcio Ricardo Staffen, as fronteiras, antes bem demarcadas entre a *hard law* – Constituição, normatividade jurídica, etc – e a *soft law* – *standards*, indicadores, normas de gestão, etc

¹⁹HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução: Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 35.

²⁰ MATTEI, Ugo. A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Indiana, v. 10, Iss. 1, p. 383-448, 2003. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1260&context=ijgls>. Acesso em: jan. 2020. Tradução livre do autor: “Imperial law is shaped by a spectacular process of exaggeration, aimed at building consent for the purpose of hegemonic domination”.

²¹ STAFFEN, Márcio Ricardo. Hegemonia e Direito Transnacional. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, Vol. 20, Nº. 3, p. 1166-1187, Set-Dez 2015.

–, é cada vez mais porosa e confusa²², bem como cada vez mais os modelos de *soft law* tornam-se *hard law* “imperiais”, sendo muito mais impositivas do que a normatividade constitucional emanada do Estado.

Nesse sentido, torna-se clara a afirmação de Jose Luis Bolzan de Moraes: o Estado de Direito, na atualidade, se vê impactado por uma nova forma de conhecimento e de produção normativa, que invade a institucionalidade e toma de assalto os ambientes de produção normativa, modificando toda a fenomenologia que conduz essa produção. Como propõe o autor, substitui-se a normatividade jurídica alicerçada na política, e democraticamente construída, por uma normatividade privada concentrada no poder da razão matemática²³. É o que se pode chamar, com Pierre Laval e Cristian Dardot²⁴, de “nova razão do mundo”, ou seja, uma racionalidade neoliberal matemática, mercadológica e financeirizada, que aporta uma nova razão governamental, constituindo um novo aparelho de Estado que acaba por se colocar a serviço do novo paradigma de soberania.

É evidente que o paradigma “imperial” de soberania só consegue tomar forma a partir de uma “‘grande virada’, mediante a implantação geral de uma nova lógica normativa capaz de incorporar e reorientar duradouramente políticas e comportamentos numa nova direção”²⁵, constituindo-se uma nova forma de estatalidade, uma nova normatividade e um novo constitucionalismo que se colocam a serviço do “Império” e de sua força normativa descentralizada, mas, ao mesmo tempo, rígida e extremamente coercitiva.

Fazendo dialogar as teorias de Michael Hardt e Antonio Negri²⁶ com Benoit Frydman²⁷, pode-se chegar a uma definição do que é essa nova normatividade “imperial”, ou seja, de que tipo de normas se está a falar. A partir das ideias de Benoit Frydman²⁸, propõe-se, em meio ao novo paradigma de soberania, uma normatividade que busca padronizar tanto as coisas, e aqui se está falando sobre o domínio das normas técnicas, quanto busca padronizar a ação humana, quando falamos das normas de gestão. Ao fim e ao cabo, trata-se de um novo arranjo da ordem da governamentalidade e da governamentalização, pois, se está a falar de novos mecanismos, técnicas, práticas, modelos de produção e aplicação do direito, mas, também, se está a falar de um novo paradigma de gestão dos comportamentos, que se consolida a partir de tecnopolíticas governamentais da ordem

22 STAFFEN, Márcio Ricardo. Hegemonia e Direito Transnacional. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, 2015, v. 20, n. 3, p. 1166-1187.

23 BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. O Estado de Direito “Confrontado” Pela “Revolução da Internet”. In: **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 13, n. 3, p. 876-903, dez. 2018.

24 DARDOT, Pierre; LAVAL, Cristian. **A Nova Razão do Mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução: Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

25 DARDOT, Pierre; LAVAL, Cristian. **A Nova Razão do Mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução: Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 190.

26 HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução: Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2002.

27 FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito**: governar por *standards* e indicadores. Tradução: Mara Beatriz Krug. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

28 FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito**: governar por *standards* e indicadores. Tradução: Mara Beatriz Krug. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 28-30.

do numérico, do matemático, do cibernético.

As normas técnicas tendem à padronização das coisas, dos processos e procedimentos, das exigências de qualidade dos produtos e materiais; são normas que almejam uma normalização das condutas técnico-produtivas, na busca por uma maior qualidade, diretamente ligada à padronização. Essas normas, antes internas às fabricas, às empresas, migram para além delas e acabam por constituir normas gerais de setores e associações profissionais. São exemplos dessas, as normas ISO que geram uma padronização global de processos e condutas alinhadas com demandas de padronização que estão para além da estatalidade²⁹.

É o que se pode chamar de governança por números, ou seja, uma forma de governo centrada na análise pelo cálculo, na quantificação dos resultados e na programação dos comportamentos dos sujeitos, de acordo com padrões normativos apontados por essa mesma governança³⁰. Na ordem "imperial" contemporânea, a produção normativa implica a produção não somente de processos e práticas, mas a produção de subjetividades alimentadas por uma razão calculista, concorrencial e competitiva, que se dá como condição de possibilidade para a própria constituição do "Império".

Nesse plano, ganham também espaço as normas de gestão e a construção de uma nova administração voltada para a busca por eficiência e por uma qualidade que não é mais substantiva, mas sim quantitativa. As normas de gestão passam a habitar as instituições tipicamente estatais em uma ode à eficiência, colocando em segundo plano a efetividade das medidas tomadas em relação aos sujeitos, aos cidadãos. Como deixa claro Benoit Frydman³¹, qualidade e quantidade andam juntas nesses novos tempos, pois a qualidade é medida pelo emprego da cifra, ou seja, o que aponta a qualidade da gestão, tanto quanto o que aponta a qualidade técnica são indicadores, dados, cifras, que quantificam a efetividade.

Em tempos de capitalismo cibernético-financeiro, apontar caminhos para além da quantificação do humano mostra-se cada vez mais desafiador, pois, na lógica "capitalístico-imperial" que se compõe, hoje, na perspectiva de um capitalismo cibernético "dataificado" e cada vez mais numérico-estatístico, ser um dado é tudo que resta ao humano³². A nova normatividade apontada por Benoit Frydman é justamente condição de possibilidade para o desenvolvimento desembaraçado do capitalismo cibernético financeirizado, que cada

29 FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito**: governar por *standards* e indicadores. Tradução: Mara Beatriz Krug. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, 29-43.

30 SUPIOT, Alain. **O Espírito de Filadélfia**: a justiça social diante do mercado total. Tradução: Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014, p. 70-71.

31 FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito**: governar por *standards* e indicadores. Tradução: Mara Beatriz Krug. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 48-49.

32 MORAES, Alana. Neoeextrativismo, Guerra de Mundos, e Hegemonia Cibernética: como nos tornamos um laboratório pandêmico?. In: **Revista PimentaLab – É Isso o futuro?**. São Paulo, v. 1, p. 26-41, abril. 2021.

vez mais totaliza a produção do sujeito na contemporaneidade como um dado estatístico que faz parte dessa normatividade, que a é constitutiva.

Nessa trilha, “se o ‘dado’ é apresentado como um componente do real (ainda que seja um produto de fabricação de um indicador definido), o objetivo a alcançar é uma norma, a norma que orienta o comportamento em direção ao fim a alcançar”³³, esse fim a alcançar na lógica “imperial” engloba a eficiência e a produtividade como dados, mas também incorpora os valores éticos que devem traçar esse caminho rumo ao fim a alcançar. Há uma dupla normatividade – técnica e ética –, que reveste a norma “imperial”, enquanto norma técnica ou de gestão para além de sua função pragmática, de uma eticidade que obedece à ética do sistema, à ética “imperial”, sendo uma ética também técnica, numérica, quantitativa e, sobretudo, privada.

Para além das esferas privadas, então, essas estruturas normativas técnicas e de gestão, que alimentam e, ao mesmo tempo, constituem o capitalismo “cibernético-imperial”, tomam de assalto todos os espaços de produção de sentido, e os sistemas jurídicos não ficam imunes a esse processo. Nesse sentido, a partir das considerações de Tiziana Terranova³⁴, é possível afirmar que, na era do capitalismo cibernético, unem-se capital e algoritmos, e se tornam os algoritmos a pedra de toque do sistema, reorganizando e reestruturando tanto a produção, quanto o gerenciamento, a logística e, até mesmo, uma nova governamentalidade. Logo, pode-se pensar a normatividade desses novos tempos “imperiais-cibernéticos” como uma normatividade algorítmica que numericamente administra todos os espaços e tempos de constituição da vida e do humano.

A normatividade jurídica, a partir da relação normativa caótica entre uma normatividade tipicamente privada e a normatividade estatal, passa a ser guiada por padrões de qualidade e eficiência que são arranjados a partir da lógica “imperial” no caminho dos interesses dos entes privados que criam as normas técnicas e de gestão em nome do capitalismo cibernético-financeiro³⁵. A *standartização* do Direito e de sua normatividade faz com o que o constitucionalismo e a juridicidade soçobrem frente ao aparato global de poder “imperial”. O biopoder “imperial” estende seus mecanismos de controle sobre o Direito e controla a produção normativa em nível estatal, produzindo um descompasso entre os desideratos do Estado e dos direitos humanos e as intenções dos agentes privados e das demais institucionalidades “imperiais”, que reúnem, até mesmo, outros Estados que, como competidores na arena global, se sobrepõem aos direitos

33 FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito**: governar por *standards* e indicadores. Tradução: Mara Beatriz Krug. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 49.

34 TERRANOVA, Tiziana. Red Stack Attack: algoritmos, capital e automação do comum. Tradução: Carolina Salomão. In: **Revista Lugar Comum**, Rio de Janeiro, n. 59, p. 5-23, dez-jan. 2020.

35 SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz; LIBERGER, Têmis. Do Governo Por Leis À Governança Por Números: breve análise do Trade in Service Agreement (TISA). In: **Revista de Direito Intermacional**, Brasília, v. 13, n. 3, p. 337-354, 2016.

humanos e a outras estatalidades.

Nesse contexto, o que se propõe é que o “Império” comanda sem comandar, ou, exerce o seu poder sem que pareça isso um exercício de poder, pois a normatividade “imperial” não faz aparecer as suas intenções, muito menos passa por controles democráticos, ou debates públicos, ela apenas é gerada a partir do próprio “Império” para exercer o seu biopoder invisível e guiar o mundo sem saber que está sendo guiado.

Por isso, o “Império” aparece como uma ordem natural, constitui-se *a priori*, porque isso era inafastável, inevitável; sua constituição é dada naturalmente como um novo paradigma soberano que se estende inadvertidamente sobre todo o mundo e coloca toda a institucionalidade até ali existente sob os braços das suas estruturas e mecanismos de biopoder, controle e vigilância³⁶.

Embora todas as institucionalidades fiquem sob o seu comando e possam se movimentar nessa lógica, nesse espaço-tempo suspenso, determinados Estados e, sobretudo, os atores privados, se movimentam com maior êxito e comandam os rumos que a imensa maioria dos atores estatais devem, ou não, seguir.

Dessa forma, mesmo que a normatividade “imperial” se produza a partir de um biopoder central forte e denso, os atores privados atuam com liberdade e facilidade por suas estruturas, seja de produção, seja de aplicação das normas – da nova normatividade que compõe a ordem “imperial”. É evidente que as normas técnicas e de gestão nascem, sobretudo, da esfera privada e de atores que habitam o ambiente “imperial”, bem como o ambiente estatal, mas que atuam para além das normas estatais e constitucionais.

Assim, as variadas normatividades que se colocam no espaço-tempo “imperial” passam, necessariamente, a relacionar-se e a criar vínculos no que tange à sua produção e aplicação. No entanto, o que deve ser questionado é como se dá essa relação, e no tocante às novas normatividades “imperiais”, como elas atingem a Constituição, enquanto norma e o constitucionalismo enquanto movimento, que garante direitos humano-fundamentais. Na sequência, é disso que se trata.

3 DIÁLOGO OU CONCORRÊNCIA DE NORMATIVIDADES? O PAPEL (AINDA) DA CONSTITUIÇÃO FACE À NORMATIVIDADE IMPERIAL (OU DE COMO É IMPORTANTE RESISTIR)

Nesse momento, torna-se necessário e imprescindível que se compreenda como

³⁶ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução: Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 31-33.

se relacionam as variadas normatividades existentes na contemporaneidade, ou seja, como, a partir da instituição do paradigma “imperial” e das modificações passadas pelo Estado, tanto em suas funções, quanto em sua estrutura, se dá a interação entre a nova normatividade “imperial” através das normas técnicas e de gestão e a normatividade estatal-constitucional através do Direito produzido legislativamente dentro das instituições democráticas.

De maneira cristalina, essa interação ocorre e não pode ser negada, porquanto é preciso entender se esse entrecruzamento de normatividades se dá de maneira harmônica e equilibrada, ou se o que acontece é o contato de forma desordenada que sobrepõe uma normatividade a outra. Veja-se que as normas técnicas e de gestão, como já foi referido, deslocam-se da esfera privada e ultrapassam os limites da estatalidade, possibilitando a criação de novos marcos regulatórios inseridos no próprio Estado.

Essa virada ocorre, principalmente, pela troca da solidariedade pela concorrência enquanto princípio reitor da ação empresarial e estatal, seja no nível nacional, seja no internacional, colocando-se uma nova forma de governar e movimentar-se na arena “imperial”. Como bem referem Pierre Dardot e Cristian Laval³⁷, o capitalismo financeiro tipicamente “imperial” se organiza sobre novas bases, em que a competitividade e a concorrência são as molas mestras do político, do social e do jurídico, para além do ambiente da iniciativa privada. Há um princípio de desregulamentação que, em verdade, é extremamente normativo e regula as atividades públicas e privadas a partir dessa virada econômica-neoliberal.

É possível perceber, a partir das ideias de Pierre Dardot e Cristian Laval, que as normas técnicas e de gestão atuam de forma disciplinadora da conduta humana rumo à obtenção de *performances* condicionadas à avaliação técnica e gerencial de sua eficiência. Gera-se uma condição indissociável entre obedecer às normas técnicas e de gestão para alcançar os fins buscados, seja pela empresa, seja pelo Estado³⁸. “A representação cifrada do mundo que governa, atualmente, a gestão dos negócios públicos e privados engloba as organizações internacionais, os Estados e as empresas em um autismo da quantificação que os afasta cada vez mais da realidade da vida dos povos”³⁹.

Pode-se dizer que “o direito privado se politiza e se publiciza e o direito público se privatiza, a partir da existência de normas com caráter e abrangência públicos, porém

37 DARDOT, Pierre; LAVAL, Cristian. **A Nova Razão do Mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução: Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 202.

38 DARDOT, Pierre; LAVAL, Cristian. **A Nova Razão do Mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução: Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 217

39 SUPIOT, Alain. **O Espírito de Filadélfia**: a justiça social diante do mercado total. Tradução: Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014, p. 77.

produzidos por atores privados em uma modalidade de deslocalização normativa⁴⁰. Efetiva e eficientemente a normatividade “imperial”, que em seu cerne é principalmente normatividade empresarial, passa a comandar, pela via da concorrência de normatividades⁴¹, a interação normativa entre normas estatais-constitucionais e normas técnicas e de gestão, como também a sistemática de produção e aplicação das normas jurídicas, mesmo que no âmbito do ente estatal.

Benoit Frydman⁴², quando aborda a experiência europeia, é bastante claro ao dizer que cada vez mais há uma transferência completa de competência da normatividade jurídica, estatal-constitucional para o âmbito internacional das normas técnicas europeias e globais. Na prática europeia, não há mais, sequer, uma reserva de atuação para os Estados, em matérias como meio ambiente, saúde, segurança, entre outras. Dessa forma, 40 SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz; LIBERGER, Têmis. Do Governo Por Leis À Governança Por Números: breve análise do Trade in Service Agreement (TISA), **Revista de Direito Intermacional**. Brasília, 2016, v. 13, n. 3, p. 337-354, 2016.

41 É importante deixar claro, nesse momento, o que se quer determinar/conceituar por concorrência de normatividades ou concorrência normativa. Para tanto, se utiliza a lição de Benoit Frydman: “Os termos ‘concorrência normativa’ ou ‘concorrência regulatória’ (em inglês, *regulatory competition*), geralmente, se referem à competição em que se envolvem os estados, global ou regionalmente, ou mesmo, entre os entes federativos, dentro do próprio Estado, para tornar sua lei mais favorável do que a de outros a todos ou a certos assuntos de direito, bens ou operações que os Estados desejam atrair para seu território ou sob sua jurisdição”. (FRYDMAN, Benoit. La concurrence normative européenne et globale. **Centre Perelman de Philosophie du Droit**, Working Paper, n. 2016/3, p. 1-19, 2016. Tradução livre do autor: “Les termes «concurrance normative» ou «concurrance réglementaire» (en anglais «regulatory competition») désignent le plus souvent la compétition à laquelle se livrent les Etats, au niveau global ou régional, ou même à l’intérieur d’un cadre étatique fédéral, pour rendre leur droit plus favorable que celui des autres à tous ou certains sujets de droit, biens ou opérations que les Etats souhaitent attirer sur leur territoire ou sous leur juridiction”. Disponível em: <http://www.philodroit.be/IMG/pdf/bf-concurrance-2016-3.pdf>. Acesso em: jan. 2020.

42 FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito**: governar por *standards* e indicadores. Tradução: Mara Beatriz Krug. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, 57-59. Anderson Vichinkeski Teixeira trabalha com as possibilidades e a necessidade de se desenvolver um Direito Público Transnacional. Para tanto, o autor afirma que seria necessário se rever quatro aspectos importantes do Direito Público em nível nacional, quais sejam: o objetivo, o subjetivo, o hierárquico e o mandamental. Explica o autor que os sujeitos de direitos não são mais os mesmos, pois outros atores passam a gozar da condição de sujeitos em âmbito internacional, e se aqui é possível mencionar os indivíduos como sujeitos de direitos na perspectiva internacional, também é possível mencionar as empresas transnacionais. Também, é necessário haver um interesse público de dimensão global, sendo esse o segundo elemento que se modifica e, nesse caso especificamente, surge um conflito bastante forte entre interesses públicos globais como meio ambiente, saúde, energia, água, entre outros, e os interesses privados que se colocam sobre esses “bens jurídicos comuns”. Ainda, e por demais importante, se, na perspectiva nacional, há uma hierarquia entre os atores, no novo Direito Público Transnacional essa hierarquia deixa de existir, prevalecendo a especialidade dos sistemas normativos e a lógica concorrência entre si. Como quarto elemento que se modifica, aparece o que, para o autor, é o menos incomodo para a construção de um Direito Público Transnacional, pois se, na sistemática nacional do direito público, existem normas cogentes que disciplinam as relações jurídicas, no âmbito internacional, naturalmente, de acordo com a matéria, os subsistemas normativos seriam dotados de maior ou menor imperatividade, apontando-se as normas relativas aos direitos humanos como normas naturalmente de maior imperatividade. (TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Direito Público Transnacional: por uma compreensão sistêmica das esferas transnacionais de regulação jurídica. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, 2014, v. 19, n. 2, p. 400-429). Porquanto, discorda-se do autor sobretudo no que toca ao último elemento, pois, justamente, derivando do surgimento de novos atores globais e da preponderância de interesses privados sobre os interesses públicos globais, interesses comuns de toda a humanidade, tendo como principal vetor potencializador a falta de hierarquia entre os sistemas normativos, é que cada vez mais os direitos humanos, as normas de direito ambiental, entre outras perdem a sua imperatividade frente a estruturas normativas privadas e globais que atuam ao arrepio e, em muitas ocasiões, contrariamente a esses direitos. Logo, no presente artigo, se discorda da possibilidade de construir-se um Direito Público Transnacional, que não seja o mesmo direito público nacional que sofre o ataque e o redimensionamento pela ótica das normas técnicas e de gestão.

toda a normatividade está sob a perspectiva de harmonização e padronização técnica e de gestão europeias e/ou globais.

Contudo, as normas técnicas adotadas no quadro da nova abordagem (ou fora dela) escapam a qualquer controle de validade jurídica e não podem ser objeto de recurso de anulação perante a Corte de Justiça da União nem de recurso por particulares, donde se estima que não há interesse em contestá-los⁴³.

Nota-se que é por demais evidente que se está a falar de uma normatividade que se constitui e atua ao arrepio do Estado, mas, sobretudo, do Direito construído legislativa e democraticamente, do constitucionalismo e dos direitos humanos. Não há preocupação com qualquer validação dessas novas normatividades pelos pressupostos tipicamente estatais-constitucionais de concretizar e garantir direitos que propiciem o bem comum.

Sob o ponto de vista concorrencial e não do diálogo, as normas jurídicas soçobram frente às normas empresariais que passam a governar o modo de ação de empresas, organizações internacionais, Estados, governos, etc. e condicionam a atuação de todos esses atores aos fins apontados pelo mercado como instituição “imperial” basilar. De acordo com Benoite Frydman⁴⁴, “a implementação da concorrência dos estados e seus direitos funciona como uma técnica alternativa para harmonização de direitos e promove a disseminação de um único modelo normativo”.

Esse modelo normativo é o que se denomina, no presente trabalho, de normatividade “imperial”, como um modelo híbrido que unifica as normas técnicas e de gestão com as normas jurídicas com uma sobreposição das primeiras às segundas, atendendo aos interesses do mercado e à lógica competitiva e concorrencial das empresas privadas, e constituindo uma nova governamentalidade capitalístico-cibernética que configura o “Império”, enquanto novo paradigma de soberania.

E, é justamente esse cenário que possibilita aos atores jurídicos, políticos, privados, estatais, clássicos e novos, a guiarem-se por *standards* e indicadores, o que se torna uma prática global no mercado normativo apregoado pela concorrência entre as diversas ordens normativas estatais. Devido a esses novos arranjos, então, cada vez mais, cresce

43 FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito**: governar por *standards* e indicadores. Tradução: Mara Beatriz Krug. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 60.

44 FRYDMAN, Benoit. La concurrence normative européenne et globale. **Centre Perelman de Philosophie du Droit**, Working Paper, n. 2016/3, p. 1-19, 2016. Disponível em: <http://www.philodroit.be/IMG/pdf/bf-concurrence-2016-3.pdf>. Acesso em: jan. 2020. Tradução livre dos autores: “La mise en concurrence des Etats et de leurs droits fonctionne comme une technique alternative à l’harmonisation des droits et favorise la diffusion d’un modèle normatif unique”.

a presença do que Benoit Frydman⁴⁵ denomina por Objetos Normativos Não Identificados (O.N.N.I) – do original em inglês Unidentified Normative Objects (UNOs). Na acepção do autor, normas que se apresentam a partir de lugares diversos de produção normativa, bem como, são aplicadas por diferentes e novos centros de poder, e que proporcionam uma fragmentação da normatividade jurídica que não mais está necessariamente vinculada ao Estado, necessitando de um método pragmático⁴⁶ de análise.

Desse modo, a ordem normativa global não pode ser pensada como uma ordem normativa única, ao modo das ordens normativas estatais. Deve-se ter clara a existência de sistemas normativos inter-relacionados advindos de diversos atores, e configurando variadas normatividades, independentemente de fazer parte, ou não, de uma dada ordem jurídica como a conhecemos desde a modernidade⁴⁷. Porém, essa opção feita por Benoit Frydman nos parece bastante perigosa, ao somente assumir a pluralidade de normas independentemente dos atores, lugares de produção e aplicação, bem como da natureza dessas normas, acreditando em um pluralismo normativo ordenado em matéria global.

Pensar simplesmente esse campo normativo complexo como uma ordem global autorregulada, que garante a realização do(s) direito(s) no âmbito do que se pode chamar de um pluralismo normativo ordenado, nos parece insuficiente quando nos defrontamos, por exemplo, com comandos, estruturas, técnicas e processos desenvolvidos pelo capitalismo cibernético atual. Esse novo capitalismo cibernético, que é um capitalismo informacional de dados, retira do Estado totalmente o controle sobre mineração, produção e tratamento desses dados, ou, em alguns casos, torna-se parceiro dos Estados nas violações de direitos perpetradas sob a égide do capitalismo cibernético financeiro e dataificado.

Nesse contexto, nota-se a impossibilidade de simplesmente pensar pragmaticamente

45 FRYDMAN, Benoit. A Pragmatic Approach to Global Law. **Centre Perelman de Philosophie du Droit**, Working Paper, n. 2014/6, p. 1-17, 2014. Disponível em: <http://www.philodroit.be/IMG/pdf/bf-concurrence-2016-3.pdf>. Acesso em: jan. 2020.

46 É importante, aqui, caracterizar esse método pragmático: “De acordo com o método pragmático, normas legais são estudadas e interpretadas, menos em consideração à sua origem (as fontes da lei) ou aos relacionamentos lógicos ou hierárquicos que elas mantêm entre elas (a ordem ou o sistema jurídico) do que em relação dos efeitos que elas produzem ou provavelmente produzirão no contexto de suas aplicações. A preocupação com a eficiência é crucial para se estudar devidamente o impacto das regras e instituições e suas mudanças no que tange à indivíduos e grupos, ao gozo de direitos e a alocação de recursos”. (FRYDMAN, Benoit. *La concurrence normative européenne et globale*. **Centre Perelman de Philosophie du Droit**, Working Paper, N°. 2016/3, p. 1-19, 2016. Disponível em: <http://www.philodroit.be/IMG/pdf/bf-concurrence-2016-3.pdf>. Acesso em: jan. 2020). Tradução livre do autor: “Selon la méthode pragmatique, les normes juridiques sont étudiées et interprétées, moins en considération de leur origine (les sources du droit) ou des relations, logiques ou hiérarchiques, qu’elles entretiennent entre elles (l’ordre ou le système juridique) que des effets qu’elles produisent ou sont susceptibles de produire dans les contextes de leurs applications. Le souci de l’effectivité est déterminant de même que l’étude de l’impact des règles et des institutions et de leurs modifications sur les individus et les groupes, la jouissance des droits et l’allocation des ressources”.

47 FRYDMAN, Benoit. A Pragmatic Approach to Global Law. **Centre Perelman de Philosophie du Droit**, Working Paper, N°. 2014/6, p. 1-17, 2014. Disponível em: <http://www.philodroit.be/IMG/pdf/bf-concurrence-2016-3.pdf>. Acesso em: jan. 2020.

uma ordem normativa global com múltiplos atores, normas e centros de poder, de maneira a deixar que a autorregulação impere ao arrepio dos Estados e do Direito. Se há uma pluralidade de normatividades e centros de poder para produzir e aplicar o direito – essas normatividades –, e isso não se pode negar, também não se pode fazer uma análise meramente pragmática dessa proliferação de ordens normativas a partir da proliferação dos Objetos Normativos Não Identificados (O.N.N.I), sendo cada vez mais necessário se compreender substancialmente esse fenômeno “imperial”.

Com efeito, certamente, o que se vivencia é um estado de coisas que está profundamente vinculado às ordenações neoliberais em direção à lógica do mercado como nova “razão do mundo”. A racionalidade que permeia essa normatividade algorítmica que rege o capitalismo cibernético, não é mais a racionalidade afeita à normatividade estatal, que legislativa e democraticamente, mesmo que com problemas, busca a garantia e concretização dos direitos humanos, estendidos aos sujeitos nacional e internacionalmente. A racionalidade que produz tal arcabouço normativo é a da razão concorrencial típica do neoliberalismo e que biopoliticamente passa a comandar todos os espaços da vida em sociedade e que, sustentada no *mathematical turn*, pretende alcançar uma espécie de parâmetro matemático de valor, imune ao debate democrático.

Nesse passo, outro exemplo de que a imperatividade das normas empresariais técnicas e de gestão se sobrepõe à normatividade que se origina da estatalidade e do constitucionalismo é a desregulamentação da internet e, no geral, da utilização das novas tecnologias da comunicação e da informação (TICs). Na esteira desse novo capitalismo cibernético-financeiro “imperial”, ergue-se uma demanda por sujeitos, por produtos, mas, sobretudo, por infraestrutura, por logística, por uma construção dos caminhos humanos, técnicos, práticos e normativos, que possibilitem a constituição e consolidação desse novo capitalismo que domina tudo e todos, que se estende por todas as esferas da vida⁴⁸.

Na atualidade, o domínio das novas tecnologias e, sobretudo, da internet, é apropriado por um conluio entre “Império”, Estados – determinados Estados – e empresas transnacionais, impondo práticas de controle e análise preditiva de dados pessoais violando direitos fundamentais, práticas de catalogação de indivíduos entre grupos de incluídos e de excluídos, práticas que produzem a criminalização antecipada de sujeitos à repulsão do princípio da presunção de inocência, um dos mais caros ao constitucionalismo contemporâneo, a utilização indiscriminada de aparatos e tecnologias de vigilância, a imposição de práticas que cada vez mais geram a precariedade do trabalho sob o mantra da liberdade que as novas tecnologias permitem ao trabalhador, entre tantas

48 MORAES, Alana. Neoextrativismo, Guerra de Mundos, e Hegemonia Cibernética: como nos tornamos um laboratório pandêmico?. In: **Revista PimentaLab – É Isso o futuro?**. São Paulo, v. 1, p. 26-41, abril, 2021.

outras questões que poderiam ser elencadas⁴⁹.

Desde essa perspectiva, o cenário é de total e descontrolada desregulação, em nome de uma regulação descentralizada e orientada por novos princípios e por uma nova razão. A razão neoliberal das empresas transnacionais e o princípio da concorrência ordenam a normatividade “imperial” e provocam não só o tensionamento, mas sim, a ruptura para com a normatividade estatal, ou seja, com o Direito, com o constitucionalismo e com os direitos humanos. O uso das normas técnicas e de gestão, via indicadores e *standards*, gera um descompasso entre pensar empresarialmente e pensar juridicamente a normatividade, fazendo com que a primeira se sobreponha à segunda e crie um mercado de normatividades que devem se adaptar progressivamente e mais rapidamente à normatividade “imperial” (empresarial), ou que, na verdade, devem verdadeiramente sê-la.

Logo, não se pretende negar o quadro pintado globalmente na atualidade por esse novo paradigma “imperial” de soberania, um quadro que tem as cores da concorrência normativa, da multiplicidade de atores e de centros de produção e aplicação das normas, e, principalmente, de pluralidade de normas e de ordens normativas, para além das produzidas pelos Estados. Porquanto, o que se defende, neste artigo, é que à concorrência deve-se antepor o diálogo de normatividades, e que esse diálogo não pode se dar à dissonância das instituições democráticas e, muito menos, ser afastado da sociedade civil.

É necessário que a Constituição ainda constitua, e que o constitucionalismo se coloque como uma trincheira – se não a última trincheira – de resistência frente à ação do “Império” através do mercado e das empresas transnacionais que descortinam cotidianamente novas normatividades que violam o próprio constitucionalismo democrático. A normatividade estatal deve dialogar com as novas normatividades oriundas da esfera privada e materializadas em normas técnicas e de gestão, bem como, com a normatividade algorítmica que gere o capitalismo cibernético, mas jamais deve se curvar a essas novas normatividades, sendo necessário resistir à privatização do espaço público e, nesse sentido, sobretudo, do Direito.

Sob essa perspectiva, quando essas novas normatividades se referirem a questões relativas ao bem-estar dos cidadãos – e aqui o termo cidadão não tem o condão de se referir somente ao cidadão de determinado Estado, mas sim, a todo e qualquer cidadão, a todo e qualquer ser humano – a construção dessas normas deve estar aberta ao debate democrático face às instituições estatais e à sociedade civil, expostas à aprovação dos que serão diretamente atingidos por essa nova normatividade.

Assim, o respeito à Constituição e aos direitos humanos não deve soçobrar frente às

49 BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. O Estado de Direito “Confrontado” Pela “Revolução da Internet”!. In: **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. Santa Maria, v. 13, n. 3, p. 876-903, dez. 2018.

novas ordens normativas, e frente à concorrência jurídico-normativa imposta aos Estados na contemporaneidade. O constitucionalismo ainda tem espaço, e ainda tem função, espaço e função esses que devem ser garantidos e ampliados a partir da ação da própria sociedade civil, que, passo a passo, necessita vislumbrar o quanto essa função se torna importante para resistir ao “Império” e às suas práticas, estruturas e normatividades, que vilipendiam os direitos humanos e expõem os excluídos a mais exclusão e expropriação. Se o constitucionalismo não é a última e nem a única morada dos direitos humanos, pois uma prática imanente dos direitos humanos deve se erguer desde dentro e contra essas manifestações do capitalismo “cibernético-imperial”, ele ainda permanece sendo, mesmo frente a toda a sua precariedade, uma morada segura, em que o Estado ainda segue sendo o lugar privilegiado de proteção, garantia e concretização desses direitos face à ação “imperial”, a partir desse constitucionalismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do que se disse, é possível concluir que as instituições jurídico-políticas modernas, centrando-se a análise no Estado e no constitucionalismo que com ele se relaciona, perdem o seu espaço e a sua centralidade para novos atores globais, para novas normatividades e, principalmente, para um novo paradigma de soberania que atende pelo nome de “Império”.

O paradigma “imperial” organiza e estrutura uma nova ordem normativa que se constitui a partir da ação de novos atores, principalmente as empresas transnacionais, que criam espécies normativas, as normas técnicas e de gestão que concorrem e se sobrepõem à normatividade jurídica. Essas novas normatividades “imperiais” são ordenadas pelo princípio da concorrência e pelo atendimento a necessidades relativas aos atores privados que passam a compor um novo cenário de lugares de produção e aplicação do direito.

Assim, o constitucionalismo, ao invés de perder a sua importância e o seu espaço, ganha gradativamente mais importância frente à ação “imperial” via empresas transnacionais e a construção de normas técnicas e de gestão a partir de *standards* e indicadores.

O constitucionalismo e o Estado-nação tornam-se a última barreira de contenção da ação “imperial”, desempenhando papel vital na manutenção da ordem jurídica, constitucional e na proteção, garantia e concretização dos direitos humanos. Dessa forma, o constitucionalismo é que deve conduzir a relação entre a normatividade constitucional (estatal) e a normatividade “imperial” subvertendo a relação de concorrência em diálogo entre normatividades pelas vias democráticas e garantindo a participação da sociedade

civil em todas as decisões. E esta parece ser a grande batalha para o constitucionalismo do Século XXI.

REFERÊNCIAS

BERNARDES, Márcio de Souza. **A (Re) Invenção do Comum no Novo Constitucionalismo Latino-Americano**: ecologia política, direito e resistência na América Latina. Florianópolis: UFSC, 2017, 311 p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. O Constitucionalismo e a Internacionalização dos Direitos Humanos. In: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; NETO; Alfredo Copetti (Org). **Estado e Constituição**: a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos. Ijuí: Unijuí, 2013.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; NETO; Alfredo Copetti (Org). **Estado e Constituição**: a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos. Ijuí: Unijuí, 2013.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; HOFFMAM, Fernando. Por Uma Identidade Constitucional “Comum”. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 20, n. 3, p. 860-884, set./dez. 2015.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. O Estado de Direito “Confrontado” Pela “Revolução da Internet”!. In: **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. Santa Maria, v. 13, n. 3, p. 876-903, dez. 2018.

CRUZ, Paulo Márcio; GLASENAPP, Maikon Cristiano. Estados e os Novos Ambientes Transnacionais. In: **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**. Porto Alegre, ano 9, n. 31, p. 110-133, abr./jun. 2015.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Cristian. **A Nova Razão do Mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução: Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

DE JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso. **Constitucionalismo Em Tempos de Globalização**. Tradução: José Luis Bolzan de Moraes; Valéria ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FRYDMAN, Benoit. A Pragmatic Approach to Global Law. **Centre Perelman de Philosophie du Droit**. Working Paper, n. 2014/6, p. 1-17, 2014.

FRYDMAN, Benoit. La concurrence normative européenne et globale. **Centre Perelman de Philosophie du Droit**. Working Paper, n. 2016/3, p. 1-19, 2016.

FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito**: governar por *standards* e indicadores. Tradução: Mara Beatriz Krug. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução: Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2002.

HOFFMAM, Fernando. **Do Cosmopolitismo Ao “Comumpolitismo” Enquanto Um Novo Ambiente Para os Direitos Humanos na Era do Império**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MATTEI, Ugo. A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance. In: **Indiana Journal of Global Legal Studies**. Indiana, v. 10, Iss. 1, p. 383-448, 2003.

MORAES, Alana. Neoextrativismo, Guerra de Mundos, e Hegemonia Cibernética: como nos tornamos um laboratório pandêmico?. In: **Revista PimentaLab – É Isso o futuro?**. São Paulo, v. 1, p. 26-41, abril, 2021.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz; LIBERGER, Têmis. Do Governo Por Leis À Governança Por Números: breve análise do Trade in Service Agreement (TISA). In: **Revista de Direito**

Intermacional. Brasília, v. 13, n. 3, p. 337-354, 2016.

STAFFEN, Márcio Ricardo. Hegemonia e Direito Transnacional. *In: Revista Novos Estudos Jurídicos.* Itajaí, v. 20, n. 3, p. 1166-1187, set./dez. 2015.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *In: Ciência Política e Teoria do Estado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SUPIOT, Alain. **O Espírito de Filadélfia:** a justiça social diante do mercado total. Tradução: Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Direito Público Transnacional: por uma compreensão sistêmica das esferas transnacionais de regulação jurídica. *In: Revista Novos Estudos Jurídicos.* Itajaí, v. 19, n. 2, p. 400-429, maio/ago. 2014.

TERRANOVA, Tiziana. Red Stack Attack: algoritmos, capital e automação do comum. Tradução: Carolina Salomão. *In: Revista Lugar Comum.* Rio de Janeiro, n. 59, p. 5-23, jan. 2020.



Recebido em: 14/05/2020

Aprovado em: 02/03/2022