



O *NOMOS* DE ROBERT COVER NA TRILHA DO DIREITO GLOBAL

Maurício Pedrosa Flores*

José Rodrigo Rodriguez**

Resumo

O presente artigo revisita o pensamento do jurista norte-americano Robert Cover para refletir sobre o cenário jurídico global a partir das categorias criadas pelo autor. Primeiro, descreve as características gerais dos regimes jurídicos transnacionais emergentes da globalização, tomando como ilustração o caso da “comunidade” criada pela plataforma de hospedagem Airbnb. Em seguida, estabelece uma aproximação com o pensamento de Cover por meio de conceitos centrais de sua obra, como *nomos* e *jurisgenesis*, revisando trabalhos de autores que utilizaram seus *insights* para compreender as dinâmicas do direito global. Na última parte, apresenta aquela que parece ser a contribuição mais original de Cover para o presente debate: a indissociabilidade entre interpretação legal e violência, aspecto menos abordado por seus comentadores que estudam as interações entre os regimes jurídicos transnacionais. O trabalho propõe que a consideração da violência com base nos escritos de Cover suscita questões normativas que as abordagens predominantemente descritivas do campo do direito global procuram evitar.

Palavras-chave

Direito global. *Nomos*. *Jurisgenesis*. Violência.

Abstract

This article aims to revisit the thought of North American jurist Robert Cover in order to think about the global legal scenario through his own framework. First, it describes general features of emerging transnational legal orders at the core of globalization taking Airbnb “community” case as illustration. Then, seek an approach with Cover's thinking by means of some his central concepts, like *nomos* and *jurisgenesis*. Also reviews works from authors who have used his insights to understand global law dynamics. At last, it shows Cover's probably most original contribution to the present debate: the inseparability between legal interpretation and violence, an aspect that his commentators tend to diminish regarding transnational legal orders interactions. So, this paper proposes a view on violence based on Cover's work which evokes some normative questions more descriptive approaches seek to avoid.

* Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista CAPES/PROEX.

** Professor de Graduação e do PPG (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e Pesquisador Permanente do CEBRAP ligado ao Núcleo Direito e Democracia.

Keywords

Global law. *Nomos*. *Jurisgenesis*. Violence.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo revisita o pensamento do jurista norte-americano Robert Cover para refletir sobre o cenário jurídico global a partir das categorias criadas pelo autor. De pronto, considera como direito global o conjunto de regimes jurídicos transnacionais, privados ou não, criados pelos mais diferentes atores, como empresas multinacionais, ONGs internacionais e instituições transnacionais, com intuito de estabelecer regras em áreas como comércio, ciência, ciberespaço, saúde e competições esportivas. Trata-se de um rol imenso de organizações e entidades, que vai desde a Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO) até a Federação Internacional de Futebol Associado (FIFA), passando pela Organização Mundial do Comércio (WTO) e a Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números (ICANN) – apenas para mencionar alguns exemplos notórios.

As interações entre os regimes normativos criados por esses atores, bem como sua sobreposição às normas de direito estatal ou internacional, têm sido objeto de grandes debates no meio acadêmico. Como ferramenta indispensável de muitas das práticas globalizantes, o direito não escapa a reconsiderações sobre o seu modo de funcionamento, incorporando novos comportamentos e tendências com os quais suas reflexões teóricas tem de lidar. Ao difundir e intensificar processos sociais em escala global, o direito emergente da globalização provoca acentuadas mudanças nos parâmetros de avaliação sociológica, especialmente quando entram em jogo análises sobre o papel do Estado moderno diante da constelação de atores que formam o novo cenário jurídico globalizado.

O contexto de surgimento e as características mais marcantes desses novos regimes jurídicos são o objeto da primeira parte deste artigo. O caso específico da “comunidade” criada pela plataforma Airbnb serve como ilustração em um primeiro momento, para que, em seguida, se possa compreender como as dinâmicas globalizantes vão se estabelecendo em larga escala. As reflexões de Gunther Teubner funcionam como marco teórico não apenas nessa primeira parte, mas ao longo de todo o artigo.

No segundo capítulo, estabelece-se uma aproximação com a obra de Cover, especialmente a partir de sua ideia de *nomos*. Colocando-se suas análises em diálogo com as dinâmicas do direito global, ambas passam a ser ressignificadas. Por meio do conceito de *jurisgenesis*, os traços fundamentais do espaço jurídico transnacional são considerados sob uma nova ótica. Nesse sentido, se-

rão utilizados os trabalhos de dois autores – Paul Schiff Berman e Jeffrey Dunoff – que fazem das reflexões de Cover um ponto de partida para suas sínteses do cenário jurídico transnacional, embora com enfoques distintos.

As reflexões de Berman e Dunoff são importantes, uma vez que Cover não teve tempo de refletir sobre a globalização, objeto de um boom de bibliografia partir da década de 90, no contexto da queda do muro de Berlim e da aceleração das trocas comerciais internacionais. Da abordagem de Dunoff, aliás, deriva o enfoque desse artigo: priorizar o tratamento das interações entre regimes que ocorrem fora do âmbito dos tribunais internacionais, interações essas que o autor considera como mais importantes e de maior número, a despeito de serem as menos estudadas pelos teóricos do direito.

Por fim, a última parte introduz um aspecto bastante original do pensamento de Cover para se pensar as problemáticas advindas do direito global: a relação entre interpretação legal e violência. Trata-se de um aspecto de sua obra menos abordado por seus comentadores que teorizam sobre o direito global. Por esta razão, este texto apresenta uma nova perspectiva sobre o controle social das ordens jurídicas transnacionais com base nas reflexões do autor a respeito dos modos como a produção, a aplicação e a execução do direito inserem-se em estruturas capazes de recorrer a ações violentas.

2. GLOBALIZAÇÃO E OS REGIMES JURÍDICOS TRANSNACIONAIS

Em outubro de 2016, usuários do Airbnb¹ - plataforma online de reserva de acomodações no mundo inteiro - foram informados de que a companhia passaria a adotar uma política de não-discriminação em suas atividades, batizada de “Compromisso da Comunidade do Airbnb”. Em caso de recusa dos termos presentes no compromisso, os usuários estariam automaticamente impossibilitados de fazer reservas ou hospedar pessoas através da plataforma. A justificativa apresentada pela empresa foi a defesa de uma cultura de tolerância e respeito às diferentes culturas, nacionalidades, estilos de vida ou orientações sexuais presentes na “comunidade” transnacional formada pelos seus usuários.

Embora à primeira vista se pareça com um simples protocolo de adesão, a iniciativa do Airbnb sugere algo mais do que isso. Como a própria plataforma afirma, a intenção é promover uma cultura de hospitalidade e integração “que

¹ A ideia básica do Airbnb é aprimorar o *couch-surfing*, prática comum em vários países que consiste na oferta de acomodações temporárias a viajantes nas próprias residências dos anfitriões, o que normalmente era feito sem custos. Além de tornar essa prática lucrativa e mais confiável, a plataforma tem desenvolvido diversos atrativos, como as chamadas “experiências” - ofertas de cursos, eventos ou passeios turísticos diferenciados aos usuários que pretendem viajar para determinados lugares.

vá muito além da conformidade”². A “comunidade” Airbnb não repousa sobre uma declaração formal de intenções com respeito à não-discriminação de hóspedes com base em etnia, sexo, estado civil ou religião, mas sobre a ameaça de suspensão efetiva de anfitriões que desrespeitarem seus termos.³ Em suma, o Airbnb estabelece um ordenamento próprio, de caráter impositivo a todos os membros provenientes das mais diferentes nacionalidades que fazem parte de sua autoproclamada “comunidade”.

Mas com que autoridade o Airbnb pode estabelecer regras a serem obedecidas nos lares de milhares de pessoas ao redor do mundo, sendo que a plataforma não é proprietária de sequer um dos quartos que disponibiliza em seu site? Qual a natureza jurídica do compromisso da “comunidade” Airbnb, que parece desconhecer fronteiras e territórios nacionais? Indo mais além, qual será a instância decisória apta a dirimir eventuais conflitos entre o Airbnb e hóspedes que sentirem indevidamente afetados pelas normas da plataforma?

Antes de procurar respostas a essas e outras perguntas, cumpre dizer que a “comunidade” Airbnb não é um caso isolado. Longe disso, representa uma tendência nos modos de interação no espaço transnacional de uma economia globalizada. O Uber, serviço de transporte urbano presente em centenas de cidades ao redor do mundo sem possuir sequer um carro, e o Facebook, maior mídia mundial que não produz qualquer conteúdo, são bons exemplos de plataformas semelhantes ao Airbnb e que estão presentes em nosso cotidiano. Esses exemplos, contudo, parecem se tratar apenas dos mais visíveis para os cidadãos e cidadãs comuns. O espaço transnacional é muito mais diversificado, com uma gama quase infinita de possibilidades de interações que vem sendo desenvolvidas há pelo menos três décadas – dos primórdios da moderna *lex mercatoria* às atuais discussões sobre o ciberespaço, passando por regulamentos sobre pesquisas científicas ou entidades esportivas.

Graças à intensificação de uma série de processos de encurtamento de distâncias e de difusão de informações - comumente agrupados sob o termo globalização⁴ - foi possível que regimes jurídicos de natureza privada se espa-

² AIRBNB. **Política de Não Discriminação do Airbnb**: Nosso compromisso com a inclusão e o respeito. 2016. Disponível em: <<https://www.airbnb.com.br/help/article/1405/airbnb-s-nondiscrimination-policy--our-commitment-to-inclusion-and-respect>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

³ Consta na declaração da plataforma, por exemplo: “Se o anfitrião indevidamente recusar hóspedes sob a base de classes protegidas ou usar discursos que demonstrem que suas ações foram motivadas por fatores proibidos por essa política, o Airbnb tomará as medidas cabíveis para reforçar essa política, incluindo a suspensão do anfitrião da plataforma.” Ibid.

⁴ Para os fins desse trabalho, entende-se por globalização a seguinte descrição genérica feita por Gunther Teubner: “globalização é um processo policêntrico onde, simultaneamente, diferentes áreas da vida rompem seus limites regionais e cada uma delas constitui setores autônomos globais para si próprias.” TEUBNER, Gunther. *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory*. In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (eds.). **Transnational Governance and Constitutionalism**. Oxford: Hart Publishing,

lhassem ao redor do globo, o que provocou alterações nos padrões de constituição do direito, tradicionalmente ligados à figura dos juízes e legisladores estatais. A consequência mais evidente desse processo foi certamente o declínio da capacidade dos Estados controlarem a produção e a aplicação do direito, especialmente no domínio econômico. Os inéditos tipos de interação jurídica insurgentes se tornaram cada vez mais especializados e complexos, não raro enxergando a gramática estatal como desnecessária ou indesejável.

Nem direito produzido por órgãos legislativos ou tribunais estatais, nem regramento oriundo de tratados ou organizações interestatais: os novos ordenamentos jurídicos que regulam diferentes esferas sociais pairam acima da autoridade política e territorial dos Estados. Isso significa contornar possíveis obstáculos burocráticos característicos do judiciário da maioria dos países, mas também implica em todo um conjunto de normas e procedimentos que passa ao largo da vigilância de instituições criadas para defender os interesses dos cidadãos e cidadãs, cujas vidas podem ser impactadas pelas decisões tomadas nas altas cúpulas corporativas.

Focar-se nos contextos jurídicos nacionais torna-se algo problemático quando se tem em vista, por exemplo, a força que uma *soft law* como a *lex mercatoria* traz consigo em termos de vinculação de atores e resolução de disputas no cenário de trocas comerciais globalizadas. O mesmo parece servir para quem busca compreender os contornos da “comunidade” Airbnb, que não existe apenas no plano imaginário de seus fundadores, mas constitui um instrumento apto para fazer valer as regras da plataforma nos mais diferentes territórios – ou, mais especificamente, no próprio lar de seus usuários.

Ao procurar descrever os padrões de funcionamento do direito global, Gunther Teubner sugeriu que os novos ordenamentos jurídicos transnacionais são processos que organizam a si próprios, contratos que se autovalidam sem necessariamente estarem vinculados ao direito estatal. No âmbito transnacional, o único código necessário é o binário (direito/não direito) que “distingue o direito *global* de processos econômicos e outros processos sociais”, associado a uma vigência global que “delimita o direito *global* de fenômenos jurídicos nacionais e internacionais.”⁵ Através de um *closed circuit arbitration*⁶, é

2004. p. 13. Todas as traduções do inglês são livres. Citações mais longas e diretas no corpo do texto são acompanhadas do original em nota de rodapé.

⁵ TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional. **Impulso**: Revista de Ciências Sociais e Humanas, Piracicaba, Unicamp, v. 14, n. 33, p. 9-32, 2003. p. 18.

⁶ “Trata-se de um contrato auto-regulador que transcende a simples relação de intercâmbio econômico, na medida em que cria um ordenamento jurídico privado autônomo com pretensão de validade universal. Ao lado de regras substantivas, tais contratos contêm também prescrições que remetem a solução de conflitos a uma corte arbitral, simultaneamente idêntica ao grêmio que originariamente criou o contrato modelo. Nisso consiste o *closed circuit*.” *Ibid.*, p. 22.

possível dissolver os paradoxos contidos na ideia da autovalidação dos contratos e tornar viável uma forma de estabelecer vínculos entre as partes.

Trata-se aqui de direito criado e impulsionado pela prática de atores globais, que respeitam as regras que criam mesmo sem a ameaça de sanções amparadas nas antigas formas da coerção estatal. De imediato, percebe-se que somente uma teoria pluralista da produção de normas pode dar conta desse processo de forma conceitual. Ciente desse fato, Teubner irá, em um primeiro momento, recuperar a ideia do “direito vivo” de Eugen Ehrlich como inspiração para suas reflexões teóricas, na tentativa de compreender as dinâmicas do novo direito global.

Ao afirmar que “não é a política, mas a própria sociedade civil que cria para si mesma o seu *direito vivo* – a uma distância relativa, e mesmo em oposição à política”⁷, Ehrlich teria concebido um prognóstico que, de acordo com Teubner, viria a se mostrar correto em relação ao ordenamento jurídico mundial em vias de formação. Ainda que a natureza dos vínculos desse direito não seja exatamente a mesma comparado ao que Ehrlich tinha em mente quando desenvolveu sua concepção⁸, a imagem de um direito construído às margens da política revelou-se bastante verdadeira.⁹

Posteriormente, Teubner passou a adotar uma abordagem sociológica do direito global mais refinada, a partir da problemática de um constitucionalismo sem estado¹⁰ – apontando para as tendências de constitucionalização dos

⁷ *Ibid.*, p. 10.

⁸ “Ehrlich, naturalmente, transfigura e idealiza aqui o papel criador de direito dos costumes, usos e práticas em sociedades rurais. No entanto, nos processos de globalização do presente, o seu *direito vivo* adquire um outro significado, bastante dramático. Baseia-se em processos sociais técnicos e frios, não em vínculos que recendem à familiaridade comunitária.” TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional. *Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas*, Piracicaba, Unicamp, v. 14, n. 33, p. 9-32, 2003. p. 14.

⁹ “O que podemos observar hoje em dia, em matéria de globalização, não é a sociedade mundial paulatinamente configurada pela política internacional, mas um processo extremamente contraditório, integralmente fragmentado de globalização, impulsionado pelos sistemas parciais individuais da sociedade em velocidades distintas. Em tais processos, a política não apenas perdeu o seu papel de liderança, mas regrediu nitidamente em comparação com outras áreas parciais da sociedade.” *Ibid.*, p. 12.

¹⁰ Inspirado pela teoria do *societal constitutionalism* elaborada pelo sociólogo norte-americano David Sculli, Teubner consegue não apenas dissociar Estado e direito (coisa que a tradição ligada ao pluralismo jurídico já havia feito), mas pensar a emergência de constituições civis fora de seu *habitat* natural, o Estado moderno. Isso significa a quebra de um tabu no âmbito da teoria constitucional, mas uma quebra necessária segundo Teubner: “essa fórmula [o constitucionalismo sem Estado] definitivamente não é uma demanda normativa abstrata por futuros remotos e incertos, mas a asserção de uma tendência real que atualmente pode ser observada em escala mundial.” TEUBNER, *op.cit.*, 2004, p. 5. A alternativa do constitucionalismo dissociado do Estado seria mais realista, segundo Teubner, do que a ideia de uma constituição global através de um Estado mundial. Um constitucionalismo sem Estado também não é algo totalmente estranho a Cover, que afirma ao final de seu ensaio “Nomos e Narrativa”: “do mesmo modo que o constitucionalismo pode legitimar o Estado, também pode legitimar, a partir de uma estrutura

regimes jurídicos transnacionais. Nesse cenário, a questão normativa não versa mais sobre como constitucionalizar esferas sociais globais até então supostamente livres de qualquer regulação constitucional, mas sim sobre como estabelecer o papel da política em face de “sub-constituições” transnacionais.¹¹

Contestando a noção de que o constitucionalismo foi enfraquecido por conta da transferência de responsabilidades outrora assumidas pelo Estado para o âmbito de atores transnacionais privados, Teubner afirma que as novas dinâmicas implicaram, na verdade, na transformação de um sistema constitucional transnacional já existente – e não na criação de novas constituições onde não haveria qualquer traço delas. Uma vez que é difícil reconhecer um sujeito equivalente, a nível transnacional, ao que o Estado representa para as constituições nacionais, essa nova realidade constitucional existente, baseada em fragmentos, tende a permanecer oculta aos olhos de muitas pessoas.¹²

Essa fragmentação poderia sugerir a necessidade da adoção de um cosmopolitismo de feições unitárias, com base no direito internacional. Teubner, porém, descarta alternativas desse tipo: em vez de entender a fragmentação como uma possível deficiência a ser eliminada, prefere abandonar os projetos de uma constituição global unitária e concentrar sua atenção na forma como os diferentes fragmentos entram em conflito entre si. No lugar de um direito unitário, sugere a existência, a nível global, de um “conflito constitucional de leis”.¹³ A tese de que há uma multiplicidade de constituições civis criadas por subsistemas autônomos da sociedade mundial¹⁴ leva a reconsiderar o binômio regulação/autonomia no âmbito dos regimes jurídicos transnacionais. Adotando uma perspectiva sistêmica sobre o papel histórico das constituições¹⁵, Teubner escapa da noção de constitucionalização como mera imposição de restrições ao poder, seja ele político (em sua versão estatal) ou econômico (como no caso dos grandes corporações transnacionais).

distinta, comunidades e movimentos.” COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2705, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 68.

¹¹ TEUBNER, Gunther. **Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization**. Oxford University Press, 2012. p. 7.

¹² *Ibid.*, p. 8.

¹³ TEUBNER, Gunther. **Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization**. Oxford University Press, 2012. p. 13.

¹⁴ TEUBNER, Gunther. Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory. In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (eds.). **Transnational Governance and Constitutionalism**. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 5.

¹⁵ “De um ponto de vista sistêmico, o papel histórico da constituição não é - especialmente quando se trata de direitos fundamentais - exaurido na normatização da organização do Estado ou dos direitos individuais, mas consiste principalmente na garantia da multiplicidade da diferenciação social contra tendências sufocantes.” *Ibid.*, p. 9.

Há um princípio generativo do direito imbricado nessa concepção, que aponta para uma regulação normativa de práticas sociais em um nível transnacional sem que seja necessário recorrer à gramática da legalidade estatal. Isso significa que dinâmicas próprias dão origem a padrões distintos de regulação em cada subsistema – seja no mercado global, na internet ou em organizações internacionais privadas nos campos da ciência, esporte ou educação.

Em linhas gerais, a abordagem predominantemente descritiva de Teubner parece dar conta do contexto onde a ideia de uma “comunidade” Airbnb se torna plausível. Mas as questões anteriormente suscitadas – sobre o tipo de autoridade presente, a natureza jurídica do compromisso e a existência ou não de instâncias decisórias – em certa medida permanecem. Torna-se então necessário compreender com que tipo de direito estamos lidando nesses casos e, antes disso, que tipo de metodologia utilizar para compreendê-lo: mesmo que a crescente bibliografia sobre regimes transnacionais não demonstre qualquer relutância em reconhecer os novos ordenamentos como fontes de direito, aparecem notáveis divergências quanto à melhor abordagem a ser empregada.

No mínimo, é possível afirmar que as tradicionais concepções de direito assentadas na produção doutrinária especializada ou na formação de quadros burocráticos para o Estado não podem dar conta da complexidade e do dinamismo do direito que emerge da globalização.¹⁶ O mesmo vale para toda e qualquer visão que seja incapaz de dissociar o direito da figura do Estado. O discurso da globalização é marcado por tendências anti-formais do direito, e parece pouco provável que esse cenário venha a ser revertido por uma ação política conjunta dos Estados no plano internacional.¹⁷ Trata-se de um cenário “pós-formalista” que exige novas formas de pensar o direito capazes de contemplar em suas estruturas os problemas advindos das dinâmicas autônomas do direito global. Consequentemente, visões não *estatistas*¹⁸ do direito ganham força.

As diferentes concepções de pluralismo jurídico – termo consolidado em diversas áreas do conhecimento, mas cujos desenvolvimentos teóricos são bastante problemáticos (para não dizer precários)¹⁹ – emergem nesse contexto

¹⁶ DEZALAY, Ives; TRUBEK, David M. A Reestruturação Global e o Direito. In: FARIA, José Eduardo. **Direito e Globalização Econômica**. São Paulo: Malheiros, 1996.

¹⁷ Sobre as possibilidades que o direito internacional ainda pode ter de controlar os efeitos radicais da globalização, ver HABERMAS, Jürgen. A constitucionalização do direito internacional ainda tem uma chance? In: _____. **O ocidente dividido**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. cap. 4, p. 115-204.

¹⁸ Utiliza-se esse conceito como uma tradução do termo de língua inglesa *state-centred*, cujo significado é ligeiramente distinto da expressão “estatal”. A expressão utilizada busca transmitir a ênfase dada ao fundamento teórico da visão, de certa forma antagônico à forma estatal, e não apenas como algo que se localiza fora dos domínios estatais.

¹⁹ A esse respeito, ver TAMANAHA, Brian. Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global, **Sydney Law Review**, v. 30, n. 2, p. 375-411, 2008.

como formas privilegiadas de se observar o fenômeno jurídico, ainda que sejam anteriores ao aparecimento dos regimes jurídicos transnacionais.²⁰ Foge ao escopo deste artigo dar conta dos extensos debates conceituais a respeito do que se pode ou não considerar como pluralismo jurídico nas mais diversas situações. E isso talvez não seja nem mesmo necessário, tendo em vista os fenômenos que nos interessam: importa constatar a presença de regimes jurídicos transnacionais justapostos ao direito estatal e/ou oriundo de tratados internacionais entre países, isto é, a existência de situações onde agentes tenham de lidar, concomitantemente, com mais de um tipo de direito em suas práticas.

Cumpre notar que, embora os regimes próprios de cada sistema tenham atingindo considerável grau de autonomia, o direito estatal não foi completamente retirado de cena. O caso do Airbnb é bastante ilustrativo nesse ponto: a plataforma reconhece expressamente que “algumas jurisdições permitem, ou exigem, distinções entre os indivíduos com base em fatores, tais como nacionalidade, sexo, estado civil ou orientação sexual”²¹, de modo a não exigir que os anfitriões, ao respeitarem as regras da “comunidade”, violem a legislação local e estejam sujeitos a processos legais. Apesar de não reconhecer fronteiras no que tange à constituição de seus membros, a “comunidade” Airbnb evita afrontar o poder que os Estados detêm para impor legislações próprias em seus territórios, reconhecendo sua soberania.²²

Essas considerações preliminares sobre os novos ordenamentos jurídicos transnacionais, ilustrados pela “comunidade” Airbnb, servem para nos situar diante do objetivo principal deste artigo: reconsiderar a obra do jurista norte-americano Robert Cover para compreender as dinâmicas do direito global. A primeira justificativa para retomar seu pensamento reside no reconhecimento de que atores e comunidades possam contar com suas próprias criações jurídicas paralelamente à existência de normas estatais. O autor, aliás,

²⁰ Conforme mostra Brian Tamanaha, o pluralismo jurídico era uma situação comum na Idade Média e no tempo da colonização das potências europeias nas Américas e no Oriente. *Ibid.*

²¹ AIRBNB. **Política de Não Discriminação do Airbnb**: Nosso compromisso com a inclusão e o respeito. 2016. Disponível em: <<https://www.airbnb.com.br/help/article/1405/airbnb-s-nondiscrimination-policy--our-commitment-to-inclusion-and-respect>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

²² Esse respeito, evidentemente, se deve ao fato de que o Airbnb não pretende se responsabilizar por possíveis sanções legais a seus usuários, e não porque concorde com as legislações de determinados Estados. A plataforma afirma que irá se “familiarizar com todas as leis federais, estaduais e locais aplicáveis que se referem a alojamentos e locais públicos de acomodação”. No caso dos Estados Unidos e União Europeia, porém, estabelece diretrizes precisas a serem seguidas, deixando implícito que as legislações dos países envolvidos são plenamente adequadas aos termos do compromisso da “comunidade”. AIRBNB. **Política de Não Discriminação do Airbnb**: Nosso compromisso com a inclusão e o respeito. 2016. Disponível em: <<https://www.airbnb.com.br/help/article/1405/airbnb-s-nondiscrimination-policy--our-commitment-to-inclusion-and-respect>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

chega a ir mais longe: ao afirmar que o Estado não possui privilégio na elaboração do direito, Cover sugere que a criação de significado jurídico é uma atividade essencialmente cultural inteiramente aberta a grupos menores.

O direito global, evidentemente, vai além disso: há dinâmicas próprias que foram sendo estabelecidas à medida de seu avanço e que Cover, por mais que tivesse se concentrado no estudo do tema, não poderia prever.²³ Isso não significa, porém, que sua obra esteja fatalmente desatualizada para lidar com esse tipo de questão. Em sua maior parte, seus *insights* continuam válidos não porque tenham abrangido todo um cenário de desenvolvimentos possíveis, mas porque demonstram uma compreensão do fenômeno jurídico que não se limita facilmente a circunstâncias temporais. Seguindo a linha de autores como Paul Schiff Berman e Jeffrey Dunoff – cujos trabalhos são discutidos na próxima seção – esse artigo procura mostrar não apenas que é possível adaptar os conceitos centrais de Cover conforme as novas tendências jurídicas, mas que seu pensamento também pode ajudar a compreendê-las de uma forma inovadora.

3. A JURISGENESIS DE UM NOMOS GLOBAL

Em 1983, antes da eclosão do debate sobre um possível direito global, Cover publicava um ensaio intitulado “Nomos e Narrativa”, cujo tom de desafio às concepções jurídicas tradicionais se percebe desde as primeiras linhas:

Nós habitamos um *nomos* - um universo normativo. Nós constantemente criamos e mantemos um mundo de certo e errado, lícito e ilícito, válido e inválido. O estudante de direito até pode chegar a identificar o mundo normativo com a parafernália profissional do controle social. As regras e princípios de justiça, as instituições formais do direito e as convenções de uma ordem social são, de fato, importantes para esse mundo; contudo, elas são apenas uma pequena parte do universo normativo que deveria chamar nossa atenção. Nenhum conjunto de instituições ou preceitos legais existe separado das narrativas que o situam e lhe dão sentido.²⁴

²³ Robert Cover veio a falecer em julho de 1986, vítima de um ataque cardíaco, com apenas 42 anos de idade. O desenvolvimento do direito global de que estamos tratando é, fundamentalmente, posterior a esta data.

²⁴ No original: “We inhabit a *nomos* – a normative universe. We constantly create and maintain a world of right and wrong, of lawful and unlawful, of valid and void. The student of law may come to identify the normative world with the professional paraphernalia of social control. The rules and principles of justice, the formal institutions of the law, and the conventions of a social order are, indeed, important to that world; they are, however, but a small part of the normative universe that ought to claim our attention. No set of legal institutions or prescriptions exists apart from the narratives that locate it and give it meaning.” COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. *Yale Law School Faculty Scholarship*

Em outras palavras, Cover entende o direito não como um sistema de regras a serem observadas, mas um verdadeiro mundo no qual vivemos.²⁵ O direito dá vazão a um *nomos*, um universo normativo que é “tão ‘nosso mundo’ quanto o universo físico de massa, energia e movimento”²⁶. E esse universo é mantido pela força de compromissos interpretativos que determinam o que o direito significa e o que ele deverá se tornar.²⁷ Por meio de narrativas que lhe dão forma, o direito funciona assim como um “sistema de tensão ou uma ponte ligando um conceito da realidade a uma alternativa imaginada”²⁸.

Na visão de Cover, a criação de significado jurídico (*jurisgenesis*) é um processo coletivo ou social essencialmente enraizado em um meio cultural²⁹ – por meio da *jurisgenesis*, grupos ou comunidades não apenas criam regras, mas instituem novos mundos. E a centralidade comumente atribuída ao Estado nesse processo não decorre, segundo Cover, de uma capacidade superior para a criação do direito, mas unicamente porque o Estado é capaz de garantir, através da violência, o comprometimento³⁰ necessário para a afirmação do significado jurídico. Ao negar que o direito estatal seja *qualitativamente* melhor do que as normas criadas por grupos e comunidades com base em preceitos religiosos ou em identidades sociais, Cover já parece afinado com as tendências do direito global que viriam a se afirmar posteriormente.

Enquanto Teubner afirma, por exemplo, que somente depois de um longo debate – sobre a consideração ou não de eventos discursivos como elementos dos ordenamentos jurídicos – “verificou-se que não faz sentido buscar um critério para a distinção entre normas sociais e normas jurídicas”³¹, Cover demonstra já haver constatado esse fato ao conceber a ideia do *nomos*, cuja

Series, Paper 2705, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 4.

²⁵ Ibid., p. 5.

²⁶ No original: “This *nomos* is as much ‘our world’ as is the physical universe of mass, energy, and momentum.” Loc. cit.

²⁷ Ibid., p. 7.

²⁸ No original: “Law may be viewed as a system of tension or a bridge linking a concept of a reality to an imagined .alternative”. p. 9.

²⁹ Ibid., p. 11.

³⁰ Esses compromissos passam muitas vezes despercebidos no âmbito do direito estatal, que pode contar com o recurso da coerção legal para impor suas decisões políticas e jurídicas. Porém, ao atentar para a existência de uma estrutura de cooperação que funciona como vínculo entre a palavra do juiz e a situação fática por ela pretendida, Cover revela uma conexão imprescindível entre a interpretação legal e a violência, de modo que uma não possa ser compreendida separada da outra. A questão da violência no pensamento de Cover será observada mais detalhadamente na última seção desse artigo. COVER, Robert. Violence and the Word. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2708, 1986. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2708>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 1601.

³¹ TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional. **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, Piracicaba, Unicamp, v. 14, n. 33, p. 9-32, 2003. p. 19.

ênfase recai em boa medida sobre a natureza comunicacional do direito.³² Os modelos de normas sociais/jurídicas que o autor tinha em mente, é claro, eram distintos das práticas autoregulatórias dos regimes transnacionais.

Inicialmente, o que chama a atenção de Cover é a forma com que comunidades religiosas como os *amish* e os menonitas, por exemplo, tendem a constituir seus próprios *nomoi* baseados em textos fundamentais e escrituras sagradas. Da pretensão de constituir universos normativos à margem do direito estatal, Cover identifica uma forma de *jurisgenesis* batizada por ele de *autonomia insular*.³³ Quando não há pretensão de constituir um *nomos* sectário, mas de transformar o significado constitucional dentro do próprio âmbito estatal, a *jurisgenesis* assume outra forma, batizada por Cover de *constitucionalismo redentor*. Esse registro compreende grupos e instituições que procuram modificar o direito a partir de diferentes narrativas sobre a realidade, com objetivos integrativos, e não sectários.³⁴

Mas ainda que as comunidades religiosas tenham funcionado como sua principal fonte de inspiração para descrever os processos de *jurisgenesis*, Cover de forma alguma excluiu outras possibilidades. Menciona expressamente, inclusive, que os direitos corporativo e de propriedade também funcionam como bases para criação de reservas insulares nômicas. Ainda que os exemplos trazidos a respeito sejam de natureza ligeiramente distinta aos do direito global³⁵,

³² “Os preceitos e princípios legais não são apenas exigências feitas sobre nós pela sociedade, o povo, o soberano, ou Deus. São também signos através dos quais nos comunicamos com os outros.” COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2705, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 8.

³³ Trata-se de casos em que comunidades social e/ou territorialmente coesas, com pretensões de soberania na aplicação de seus próprios preceitos, estabelecem significados próprios para interpretar os princípios constitucionais dos Estados onde se localizam. As comunidades descritas pelo autor respeitam as normas do Estado (no caso, a Constituição Americana), mas negam terminantemente o monopólio estatal da interpretação sobre o direito. Nasce daí uma luta constante para definir e manter a independência de seus *nomoi* em relação ao Estado, uma vez que este detém a violência necessária para destruí-los. As narrativas *amish* e menonita são, não por acaso, marcadas pela resistência e, sobretudo, pela adaptação a mudanças, dada a dificuldade da tarefa de procurar um lugar seguro para poder viver conforme seus preceitos. Do ponto de vista da legalidade estatal, é plenamente justificável que os Estados não estejam facilmente inclinados a aceitar a afirmação de um *nomos* autônomo dentro de seus domínios. Como afirma Cover, “cada grupo deve acomodar dentro de seu próprio mundo normativo a realidade objetiva do outro”, o que costuma resultar em conflitos interpretativos ou mesmo sangrentos. *Ibid.*, p. 28-9.

³⁴ COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2705, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 34.

³⁵ Nesse ponto, Cover tinha em mente os exemplos de empresas que criavam e aplicavam normas próprias em povoados e vilarejos que se formavam junto aos locais onde seus empreendimentos eram realizados, como fábricas e minas.

o autor observa que “o direito corporativo moderno segue carregando o caráter formal de uma concessão para estabelecer uma autoridade criadora de normas”³⁶.

Ainda mais notável, porém, é uma consideração que vêm logo a seguir: a questão relevante não é, segundo Cover, que a criação de normas seja conduzida por uma autoridade religiosa ou pelo direito de propriedade (ou por regimes privados transnacionais, poderíamos acrescentar), mas que, de tempos em tempos, distintos grupos utilizam tais instrumentos “para criar um *nomos* completo – um mundo integrado de obrigação e realidade a partir do qual se percebe o resto do mundo.”³⁷ Essa observação facilita que se identifique, no caso dos ordenamentos transnacionais, o estabelecimento de um – ou de múltiplos – *nomos* sem incorrer em uma atualização imprópria de seu pensamento. É bem possível imaginar, por exemplo, que a “comunidade” Airbnb, ao impor regras de conduta aos seus usuários, tenha estabelecido ou esteja caminhando para o estabelecimento de um *nomos*.

Toda vez que um determinado ator global (ou um subsistema, à maneira dos fragmentos constitucionais de Teubner) constitui um *nomos* próprio, estamos em face do que Cover chama de *mitose normativa*.³⁸ No caso do direito global, porém, essa mitose normativa parece contar com narrativas fundantes um tanto distintas daquelas que Cover concebera inicialmente.³⁹ Se Teubner estiver correto ao tratar da formação de constituições civis para cada subsistema, então a base dos ordenamentos jurídicos transnacionais não pode ser identificada apenas com o direito corporativo ou de propriedade, tampouco com a liberdade de associação⁴⁰ normalmente estabelecida pelas constituições

³⁶ No original: “modern corporation law continues to bear the formal character of a grant of norm-generating authority.” *Ibid.*, p. 31.

³⁷ No original: “to create an entire *nomos* – na integrated world of obligation and reality from which the rest of the world is perceived.” *Loc. cit.*

³⁸ “Nesse ponto de transformação radical de perspectiva, o marco legal - não importa se for um contrato, o livre exercício de religião, a propriedade ou o direito corporativo - se torna mais do que uma regra: torna-se constitutivo de um mundo. Nós testemunhamos uma mitose normativa. Um mundo é virado do avesso; um muro começa a se formar, e seu formato difere dependendo de qual lado do muro nossas narrativas nos posicionam.” *Loc. cit.*

³⁹ Segundo Cover, “é típico que as comunidades que contam com uma visão total sobre a vida, com um *nomos* inteiramente próprio, encontrem seus próprios textos fundantes para os aspectos gerados de normas de suas vidas coletivas.” COVER, Robert. *The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. Yale Law School Faculty Scholarship Series*, Paper 2705, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 32. Os exemplos mais recorrentes são textos religiosos, como o Novo Testamento e a Torá, e as diferentes interpretações que os grupos e comunidades procuram seguir. É de se perguntar se tais narrativas totalizantes desaparecem com a fragmentação provocada pela globalização ou se outras grandes narrativas - como a ideia de livre mercado e o discurso técnico do progresso, por exemplo - passam a ocupar o lugar deixado por aquelas narrativas preocupadas na formação de um *ethos* comunitário.

⁴⁰ “A liberdade de associação é a mais geral das categorias doutrinárias da Constituição que tratam da criação e manutenção de uma vida comum, precondição social para a existência de um *nomos*.” *Ibid.*, p. 32.

estatais, hipóteses de narrativas mencionadas por Cover. A capacidade *juris-genética* dessas ordens certamente extrapola qualquer delimitação encontrada nos textos estatais, encontrando sua fonte no desenvolvimento autônomo de subáreas da vida social.

Isso significa não ser preciso resistir às tentativas de invasão de seu próprio *nomos* por parte do Estado, como acontece com as comunidades religiosas identificadas por Cover. Ao contrário, parece que o próprio Estado é quem encontra dificuldades em lidar com a multiplicidade de *nomoi* globais que vão se constituindo à sua revelia, desafiando sua autoridade. Dentro dos modelos de autonomia insular e constitucionalismo redentor, o novo direito global pode ser classificado sob a rubrica do primeiro, mas trata-se de uma insularidade que, ao contrário, das comunidades analisadas por Cover, não pede licença ao Estado para constituir seu próprio direito, muito menos para existir.

Isso significa esquivar-se de uma parte do processo de criação de significado jurídico que Cover considera fundamental em sua análise: o âmbito dos tribunais estatais, definidos por ele como *jurispáticos*⁴¹ – responsáveis por solucionar os inevitáveis impasses surgidos da produção incontrolável de significados jurídicos. Para Cover, o problema que se apresenta comumente aos tribunais não é a existência de um direito incerto como afirmam alguns teóricos, mas a existência de direito em demasia, consequência da capacidade inesgotável da *jurisgenesis*.

Mas direito em demasia pode não ser necessariamente um problema em todos os casos. Tratando especificamente do direito global, Paul Schiff Berman encontrou no terreno fértil da *jurisgenesis* de Cover uma inspiração para sua proposta de pluralismo jurídico.⁴² Berman sugere que, diante da realidade “híbrida”⁴³ do direito em questão, posições universalistas ou de afirmação da soberania estatal tendem a se mostrar insustentáveis na prática.⁴⁴ Em linhas gerais, sua posição é a de que nenhuma resposta unitária dada de antemão pode ser minimamente satisfatória no âmbito do pluralismo legal global. Esse diagnóstico impele o autor a adotar uma abordagem que valorize o potencial dos

⁴¹ Ao tratar dos tribunais, Cover recoloca uma vez mais a questão da violência dentro da *jurisgenesis*: “o princípio jurisgenético através do qual o significado jurídico prolifera em todas as comunidades nunca existe apartado da violência. A interpretação sempre se dá à sombra da coerção. E a partir desse fato podemos reconhecer um papel especial para os tribunais. Os tribunais, ao menos os estatais, são caracteristicamente *jurispáticos*.” *Ibid.*, p. 40.

⁴² Na linha de Brian Tamanha, Berman toma uma posição não essencialista sobre o direito: considera direito aquilo que as pessoas e os atores institucionais consideram como tal dentro do contexto de suas práticas cotidianas. BERMAN, Paul Schiff. *Global Legal Pluralism*. **Southern California Law Review**, v. 80, p. 1155-1237, 2007. p. 1179.

⁴³ O termo utilizado por Berman é *hybridity*, que poderia ser traduzido por algo como “hibridismo”. Para não incorrer em neologismos desnecessários, procuramos evitar seu uso, substituindo-o por expressões que comportem palavras existentes em nosso vocabulário.

⁴⁴ BERMAN, Paul Schiff. *Global Legal Pluralism*. **Southern California Law Review**, v. 80, p. 1155-1237, 2007. p. 1165.

atores globais criarem suas próprias normas e procedimentos, intercambiáveis quando são estabelecidas interações com outros atores – sejam eles órgãos internacionais, corporações ou Estados nacionais.

Sem propor soluções que visem erradicar os conflitos normativos que emergem no âmbito transnacional, Berman opta por uma abordagem predominante descritiva⁴⁵, capaz de reconhecer e incentivar mecanismos procedimentais e instituições mais aptos a colocar os participantes do direito global em um “espaço social comum”⁴⁶. Apoiando-se também em um trabalho menos conhecido de Cover⁴⁷, Berman conclui que, dentro do contexto de interações transnacionais – assim Cover identificar em relação ao federalismo norte-americano⁴⁸ – o princípio anárquico da *jurisgenesis* deve ser mais estimulado do que controlado se quisermos desenvolver melhores alternativas para lidar com o direito emergente. Para ilustrar seu argumento, o autor menciona uma série de procedimentos e mecanismos institucionais utilizados por diversos atores na tentativa de resolução de seus conflitos⁴⁹, apontando para o potencial de diálogo e de cooperação contido em cada uma dessas práticas.

Outro autor que recupera o trabalho de Robert Cover para entender as dinâmicas da globalização jurídica é Jeffrey Dunoff – com um propósito, entretanto, um pouco distinto. Se Berman quer fazer da *jurisgenesis* um princípio norteador para o direito global “híbrido”, Dunoff procura mostrar, ao retomar Cover, que a metodologia utilizada pela maioria dos estudiosos do assunto encontra-se parcialmente desfocada. Utilizando-se dos *insights* presentes em “Nomos e Narrativa”, Dunoff mostra que a prática dos tribunais internacionais – que costuma ser o foco das pesquisas acadêmicas em matéria de direito global

⁴⁵ “Consequentemente, ao invés de se apegar à esperança vã de que afirmações unitárias de um direito autoritário possam ser definitivas, o pluralismo reconhece a inevitabilidade - se é que nem sempre desejável - do hibridismo. O pluralismo é, portanto, principalmente uma ferramenta descritiva, e não normativa. Ele observa que vários atores seguem normas e estuda as interações decorrentes, mas sem propor uma hierarquia de normas substantivas ou valores.” *Ibid.*, p. 1166.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 1193.

⁴⁷ Ver COVER, Robert. The Uses of Jurisdictional Redundancy: Interest, Ideology, and Innovation. *William & Mary Law Review*, v. 22, n. 4, 1981. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2313&context=wmlr>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

⁴⁸ Berman compara a sobreposição entre tribunais estaduais e federais nos Estados Unidos - questão já tratada por Cover - com aquela que ocorre entre tribunais nacionais e internacionais, chegando à conclusão de que, nos dois casos, a mera afirmação da soberania de determinado ente sobre outro pouco contribui para captar a realidade jurídica na era da globalização. Ver BERMAN, Paul Schiff. Federalism and International Law Through the Lens of Legal Pluralism. *Missouri Law Review*, v. 73, n. 4, p. 1149-1184, 2008.

⁴⁹ Os exemplos de Berman são variados: interações dialéticas legais (entre tribunais e autoridades reguladoras nacionais e internacionais), margens de apreciação (cláusulas mais flexíveis para a adoção de normas comunitárias dentro de cada país), regimes com autonomia limitada, esquemas de subsidiariedade de regras, redundâncias jurisdicionais, arranjos de participação híbrida, regimes de reconhecimento mútuo e os acordos “safe harbor” (quando empresas com atividades no exterior se submetem voluntariamente a diretrizes estrangeiras, como as emanadas pela União Europeia).

– só pode desempenhar um papel muito limitado no entendimento dos complexos desafios provocados pelo fenômeno da interação entre regimes (*regime interaction*).⁵⁰

Seu ponto de partida é o de que podemos compreender os atores envolvidos em regimes legais internacionais como participantes de comunidades normativas que produzem direito (*law-making normative communities*) no mesmo sentido entrevisto por Cover em relação às comunidades e grupos presentes nos Estados Unidos.⁵¹ Como exemplo, Dunoff aponta para o regime dos direitos humanos e a “comunidade” internacional formada em torno dele. Ao servir como orientação para as ações de ONGs, advogados e militantes, a narrativa dos direitos humanos introduz uma série de princípios normativos e de ferramentas conceituais, além de um vocabulário especializado que vai sendo desenvolvido pelos participantes que aderem ao “movimento”. Não é difícil perceber, por exemplo, que a “comunidade” Airbnb faz do discurso dos direitos humanos sua narrativa fundante, baseada no respeito pela diversidade e na proibição da discriminação.⁵²

Dunoff reconhece que a sua analogia, apesar de produtiva, está longe de ser perfeita – ser membro de comunidades religiosas mutuamente excluídas em razão da divergência de seus princípios é algo muito distinto de ser um ator no plano internacional tendo que lidar com uma multiplicidade de regimes concorrentes.⁵³ Mas o autor aponta uma modificação ainda mais importante em relação ao *nomos* tal como Cover o concebera: o simples fato de que não há, no contexto transnacional, tribunais *jurispáticos* capazes de invocarem narrativas redentoras (*redemptive narratives*) diante de conflitos entre normas estatais e não-estatais. Mais que isso, a própria ideia de uma narrativa redentora capaz de ordenar o direito global parece difícil de ser concebida, se não for o caso de se revelar indesejável.⁵⁴

Dada a ausência de narrativas redentoras, os tribunais internacionais não dispõem da autoridade ou das ferramentas necessárias para impor seus

⁵⁰ DUNOFF, Jeffrey. A New Approach to Regime Interaction. In: YOUNG, Margaret (ed.). **Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation**. Cambridge: University Press, 2012. p. 144.

⁵¹ *Ibid.*, p. 150.

⁵² Nesse ponto, caberia perguntar até que ponto não prejudica a adoção de um discurso dos direitos humanos o fato do Airbnb fazer ressalvas a países cujas leis violam os princípios da “comunidade”, de modo a poder manter suas atividades normalmente nesses lugares. Aqui o interesse econômico - não seria ele a grande narrativa fundante da globalização? - parece prevalecer sobre o compromisso de estabelecer uma cultura global de respeito à diversidade.

⁵³ *Ibid.*, p. 154.

⁵⁴ Dunoff não nega que haja candidatas ao papel de narrativa superior que dê sentido aos diferentes *nomoi* globais: o discurso dos direitos humanos e os esboços de um constitucionalismo internacional são exemplos. Mas nenhum deles parece ter atingido uma posição de predominância como narrativa amplamente aceita pelos atores internacionais. DUNOFF, Jeffrey. A New Approach to Regime Interaction. In: YOUNG, Margaret (ed.). **Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation**. Cambridge: University Press, 2012. p. 154-155.

comandos. Ao contrário do que ocorre no interior dos Estados, as “cortes internacionais habitam um *nomos* sem narrativa”⁵⁵ – não no sentido de que não haja nenhuma narrativa (ao contrário, elas nunca foram tão diversas e numerosas), mas de que não há *uma* narrativa sobre a qual apoiar uma jurisdição. E essa constatação leva Dunoff a erigir seu argumento principal: se quisermos observar como a interação em regimes se dá na prática, é insuficiente observar o papel que os tribunais internacionais desempenham – é principalmente para fora do âmbito deles que devemos dirigir nossa atenção.⁵⁶

A despeito das diferenças de foco, as duas análises – tanto a de Berman como a de Dunoff – se apoiam fortemente na recuperação do conceito de *jurisgenesis*. De fato, a intuição de Cover de que grupos e comunidades são capazes de criar significado jurídico da mesma forma que os Estados ao promulgarem suas legislações revelou-se bastante profícua para descrever os novos regimes jurídicos globais. Mas além do fato de não estar circunscrita ao Estado, há outros aspectos sob os quais a *jurisgenesis* de Cover merece destaque. É preciso que dizer que, segundo o autor, a criação de significado jurídico requer, além da interpretação, um ato de *compromisso*, seguido de sua *objetivação*.⁵⁷

Cover entende por compromisso o ato de aceitar as exigências que a defesa de uma determinada interpretação legal implica na prática, ou seja, as consequências fáticas da transformação pretendida na realidade do *nomos*.⁵⁸ A assunção de tais compromissos no âmbito transnacional é bastante problemática, porque raramente envolve a consideração da totalidade dos efeitos das ações pretendidas. A visão ou “alternativa imaginada” criada a partir de um conceito de realidade é, no caso do direito global, invariavelmente fragmentada, como atestam Teubner, Berman ou Dunoff.

No âmbito estatal, a tarefa de elaborar esse cenário cumpre normalmente aos tribunais, que decidem se determinado significado jurídico deve ser integrado ao universo normativo ou, quando for o caso, rechaçado. Mas daí não se conclui que, do ponto de vista de Cover, a existência de tribunais com competência para lidar com ordenamentos transnacionais resolveria o problema. Para além das dificuldades expostas por Dunoff, é possível dizer que uma solução desse tipo somente reproduziria o problema fundamental que o

⁵⁵ Ibid., p. 156.

⁵⁶ Dunoff desloca-se assim seu enfoque de um modelo *transaccional* - baseado em casos específicos, com espaço e temporalidade definidos, e que ocupa a maior parte da atenção dos acadêmicos - para um modelo *relacional* - que enxerga atores e instituições como agentes propositivos, com interesses e capacidades independentes, interagindo de forma dinâmica fora do âmbito jurisdicional. Ibid., p. 156-157.

⁵⁷ COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: *Nomos and Narrative*. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2705, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 45.

⁵⁸ “Dado que o *nomos* não é mais do que um processo de ação humana tensionado entre a visão e a realidade, uma interpretação legal não pode ser válida se não se está preparado para viver de acordo com ela.” Ibid., p. 44.

autor identifica nas visões estatistas da jurisdição: elas nos fazem crer que os tribunais possuem uma posição hermenêutica privilegiada, isto é, confundem o status da interpretação com o status da dominação política.⁵⁹

Mas e quando há interpretação, mas não há dominação política? É nesse ponto que o direito global parece escancarar diante dos juízes algumas perguntas ameaçadoras que, segundo Cover, eles tendem a evitar no exercício de sua autoridade jurisdicional. Os juízes raramente consideram o fundamento da violência a ser empregada para que suas decisões se tornem eficazes. Esse fundamento, tido como pressuposto, tem a ver com o regime de obediência confiado à ideologia do contrato social. Seria perturbador, do ponto de vista da prática cotidiana judiciária, que os juízes fossem cobrados a reconhecer, em cada decisão, que sua jurisdição está fundada no privilégio institucional da força e que essencialmente por esse motivo ela deve ser respeitada. Mas é exatamente isso que Cover sugere que os juízes deveriam fazer. Somente dessa forma eles poderiam separar o exercício da violência de sua própria pessoa, baseando-se no reconhecimento de que não possuem abordagens interpretativas superiores ou um direito necessariamente melhor para buscar suas narrativas redentoras.⁶⁰ Por melhor que venha a ser, sua interpretação da lei poderá se revelar instrumento de destruição de outras legalidades possíveis, as quais, a princípio, não podem ser caracterizadas como piores do que a legalidade estatal.

De certa forma é possível afirmar que o direito global força esse reconhecimento. Não pela percepção por parte dos juízes de que a *jurisgenesis* não é privilégio do Estado e que portanto a violência deve ser graduada de acordo com seus próprios compromissos⁶¹, conforme Cover pretendia; a existência de ordenamentos jurídicos transnacionais não contesta a autoridade estatal por meio de interpretações jurídicas que atentem para o caráter fatalmente sociológico do ato de criar direito. Em vez disso, é seu próprio funcionamento autônomo que, como ato de compromisso, demonstra constantemente que a autoridade estatal não detém o monopólio do direito – não porque realize concessões interpretativas, mas simplesmente por ser incapaz de controlar a produção do direito a nível transnacional.

Esse é o ponto em que o *nomos* global que estamos descrevendo difere substancialmente daqueles descritos anteriormente por Cover. E um dos prováveis fatores que explicam essa diferença parece estar na ausência, como aponta Dunoff, de uma grande narrativa fundante no direito global insur-

⁵⁹ COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2705, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 42-43.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 54.

⁶¹ *Ibid.*, p. 58.

gente. Suas múltiplas narrativas se baseiam, como o constitucionalismo transnacional de Teubner sugere, em uma dupla fragmentação da sociedade mundial: por um lado, provém de setores globais autônomos que competem com as constituições dos Estados; por outro, se estabelecem em ambientes culturais amplamente diversificados.⁶²

Nessa verdadeira desordem de regimes legais, fica difícil identificar fontes de autoridade - ou, quando é possível defini-las, sob que fundamentos elas se estruturam. Se algum usuário do Airbnb se sentir injustamente prejudicado pela plataforma, a quem ele irá recorrer? Ao aceitar os termos da “comunidade”, não teria ele renunciado a qualquer possibilidade de discordância? O Airbnb não teria enfim direito, ao tornar públicas suas próprias regras, de suspender usuários quando entender necessário? Quando esse tipo de questão entra em jogo, um outro aspecto fundamental do pensamento de Cover – em boa parte ignorado por Berman e Dunoff - entra em cena: a indissociabilidade entre interpretação legal e violência.

4. DIREITO E VIOLÊNCIA NO CENÁRIO GLOBAL

A discussão produzida até aqui procurou mostrar que o pensamento de Cover continua adequado para se pensar questões suscitadas pela globalização jurídica, como atestam os trabalhos de Berman e Dunoff. Pode ter ficado a impressão, no entanto, de que recuperar seu pensamento significa apenas reintroduzir uma antiga terminologia – *nomos* e *jurisgenesis* – para nomear os processos que Teubner é capaz de descrever, muito em função de uma evidente vantagem histórica, com maior riqueza de detalhes. Com efeito, o objetivo dessa última parte é mostrar em que medida as reflexões de Cover podem ser originais para compreender as dinâmicas de interação dos regimes jurídicos transnacionais.

Vimos anteriormente que o direito global consegue escapar do controle exercido pelos tribunais estatais *jurispáticos* de uma forma que os grupos e comunidades que reivindicam autonomia no interior dos Estados ou interpretações constitucionais redentoras não podem pretender. Sugerimos também que, diferentemente dos *nomoi* encontrados no âmbito estatal, os regimes jurídicos transnacionais não possuem equivalentes às grandes narrativas fornecidas pelas constituições ou textos sagrados aos quais possam se reportar. Como então – e com base em quê – o *nomos* global resolve seus conflitos jurídicos?

Uma vez mais, Teubner parece em melhores condições de discriminar as formas pelas quais o direito global, a partir das constituições civis formadas

⁶² TEUBNER, Gunther. **Constitutional Fragments**: Societal Constitutionalism and Globalization. Oxford:University Press, 2012. p. 14.

a partir de cada subsistema, encontra meios de controlar interpretações jurídicas em conflito. Contudo, quando se trata de compreender o que está envolvido nessas disputas, por mais distintos que sejam os instrumentos empregados em cada setor, não há como escapar da questão da violência. E a forma particular pela qual Cover mostrou sua centralidade⁶³ dentro do direito nos impele a trazê-lo de volta ao debate. Desse modo, a hipótese aqui proposta é a seguinte: em termos de violência, o que vale para os tribunais *jurispáticos* de Cover também vale, em maior ou menor medida, para as instâncias decisórias do direito global.

Em primeiro lugar, tomemos a afirmação de Cover de que os preceitos que denominamos como “direito” são marcados “pelo controle social sobre sua origem, seu modo de articulação e seus efeitos”⁶⁴. Já as narrativas que dão sustentação a esses preceitos, por outro lado, carecem de qualquer tipo de controle, não estando sujeitas a nenhuma ordem hierárquica. Em suma, as narrativas são anárquicas, o direito não. Dependendo do que entendêssemos por “controle social”, portanto, seríamos obrigados a classificar o direito global como um princípio anárquico, uma sucessão de narrativas sem um ponto central.⁶⁵

Nos primeiros tempos talvez tenha sido assim, mas os exemplos trazidos por Teubner mostram que essa época, se existiu, já não existe mais. Pouco a pouco, cada subsistema foi tratando de estabelecer autoridades decisórias, de modo que a imagem de narrativas que circulam livremente pelo espaço jurídico transnacional sem qualquer tipo de controle não passa de uma ilusão, muito embora a questão sobre quais instituições possuem capacidade decisória e que tipo de ferramentas elas devem utilizar frequentemente permaneça em

⁶³ Cover concorda que, em um sentido amplo, a forma dominante do pensamento jurídico deveria ser interpretativa, ou seja, acredita que o direito pode, de fato, ser visto como a construção de uma realidade interpessoal através da linguagem. Mas o lugar central normalmente concedido à interpretação não reflete, segundo ele, o modo pelo qual os atos interpretativos são pronunciados em uma estrutura institucional preparada para a violência. COVER, Robert. *Violence and the Word*. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2708, 1986. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2708>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 1611.

⁶⁴ No original: “The precepts we call law are marked off by social control over their provenance, their mode of articulation, and their effects.” COVER, Robert. *The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative*. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2705, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 17.

⁶⁵ Por mais ampla que seja a definição para “controle social”, quando formas institucionais de ação estejam imbricadas haverá direito. A capacidade de levar a ações coletivas é o que, segundo Cover, distingue a interpretação legal da interpretação nos campos da literatura, filosofia política ou em qualquer outro contexto onde a relação das instituições com a violência seja remota ou incidental. COVER, Robert. *Violence and the Word*. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2708, 1986. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2708>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 1606.

aberto – e de forma um tanto drástica em alguns setores, como no caso da internet.

A despeito das possíveis diferenças existentes, o que realmente importa notar é que se há autoridades decisórias, e se há pretensão de que as questões debatidas sejam jurídicas (mesmo que no sentido mais amplo possível), então há interpretação legal sendo produzida. E a prática da interpretação legal sempre tem lugar, diz Cover, em um ambiente de violência.⁶⁶ Embora o juiz de Estado seja visto como o principal agente nesse campo, de forma alguma é o único. Seja cometida por um juiz, um mafioso ou o vice-presidente de uma corporação, a violência estruturada sob as mais diversas formas jurídicas deve ser vista como problemática da mesma forma.⁶⁷ Na visão de Cover, a interpretação legal é uma atividade prática desenhada para gerar ameaças críveis e atos de violência reais sob uma forma eficaz.⁶⁸ Em um sentido mais preciso, as interpretações legais não são de natureza “prática” (em inglês, *practical*) mas constituem, elas mesmas, práticas (*practices*); são mandamentos para que outras pessoas realizem ou deixem de realizar ações, modificando estados de coisas anteriores a fim de responder à interpretação do juiz (ou de qualquer agente que venha a assumir o papel de interpretar).⁶⁹

Sendo incompleta sem a violência⁷⁰, a interpretação legal depende de um aparato preparado para executá-la e de condições de dominação para impor seus efeitos às partes envolvidas. Não por caso, Cover escolheu como exemplo de sua demonstração o Direito Penal, onde tais práticas ficam evidenciadas no tipo de tratamento imposto ao condenado. Mas o quadro da violência na interpretação legal certamente extrapola os limites do campo penal: é um dado que perpassa, de forma mais ou menos visível, toda construção jurídica. Ao considerá-lo, Cover chama a atenção para o fato de que nos acostumamos a separar rigidamente o ato de interpretação – mundo do dever-ser – do ato de concretizá-la no mundo real, através da violência.⁷¹

⁶⁶ Ou mais precisamente, como afirma no icônico começo de seu artigo “Violência e a Palavra”, em “um campo de dor e morte”. *Ibid.*, p. 1601.

⁶⁷ COVER, Robert. The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction. *Yale Law School Faculty Scholarship Series*. Paper 2706, 1985. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2706>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 182.

⁶⁸ COVER, op. cit., 1986, p. 1610.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 1611.

⁷⁰ “A interpretação legal, portanto, nunca pode ser 'livre': nunca pode funcionar somente como entendimento de um texto ou de uma palavra. Tampouco pode ser uma simples função do que o intérprete concebe como a mera leitura de um 'texto social', uma leitura de todos os dados sociais relevantes. A interpretação legal deve ser capaz de se transformar em ação; deve ser capaz de superar as inibições contrárias à violência a fim de dar cabo das ações necessárias; deve ser capaz de reunir um grau de violência suficiente para prevenir a represália e a vingança.” *Ibid.*, p. 1617.

⁷¹ COVER, Robert. Violence and the Word. *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, Paper 2708, 1986. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2708>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 1627.

Em que pese a violência ser inevitável, é uma característica dos Estados de direito a necessidade de legitimar o seu exercício, adotando desenhos institucionais que visem afastar o direito, o máximo possível, da arbitrariedade. A violência torna-se assim “domesticada”, por meio da adoção de procedimentos considerados corretos do ponto de vista legal e também por meio de uma distinção fundamental entre esferas responsáveis pela produção, aplicação e execução do direito. A existência de um duplo grau de jurisdição e de garantias processuais fundamentais, como o devido processo legal e a ampla defesa, funcionam como contrapesos ao exercício bruto da violência; ainda que, em muitos casos, funcionem de forma deficiente. Essa estrutura básica forma o que se costuma considerar como as virtudes do direito liberal moderno – o *rule of law* ou “império do direito”⁷² – capaz de estabelecer, através das leis, garantias mais sólidas aos cidadãos e cidadãs do que os sistemas políticos autocráticos.

Cover enquadra esse modelo estatal dentro de um tipo ideal de constituição do *nomos* denominado *imperial*. O modelo imperial caracteriza-se pela objetividade de seus preceitos (normas jurídicas abstratas e universais) e por sua aplicação a cargo de instituições. É, em sua maior parte, como o direito moderno funciona; é uma forma de “manter o mundo” diante de suas tendências plurais e potencialmente destrutivas.⁷³ Um segundo padrão de constituição do *nomos* é representado pelo tipo ideal *paideico*, responsável por “criar mundos” mais do que mantê-los.⁷⁴ Nesse modelo, novos mundos normativos são criados a partir de um corpo comum de preceitos geralmente provenientes de textos sagrados, onde a possibilidade de novas interpretações encontra-se permanentemente aberta, e onde o direito assume um caráter pedagógico: os indivíduos são educados na lei. Nenhum mundo normativo, entretanto, é criado ou se mantém exclusivamente via modelo imperial ou paideico; Cover assinala que esses modelos não representam tipos de sociedades, mas bases co-existentes de atributos distintos dos mundos normativos.⁷⁵

Pode-se dizer, portanto, que o direito global é formado, assim como os demais, por um misto de ambos os modelos. Entretanto, é difícil identificar no âmbito dos regimes jurídicos transnacionais algumas das virtudes representadas por cada modelo. Em alguns casos, não estão presentes nem as “virtudes

⁷² A respeito, ver SCHEUERMAN, William. Franz Neumann: Legal Theorist of Globalization? **Constellations**, Oxford, v. 8, n. 4, p. 503-520, 2001.

⁷³ COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2705, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 13.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 12-13.

⁷⁵ COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2705, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 17. p. 14.

legais” (como William Scheuerman⁷⁶ se refere a elas) do modelo *imperial* como a generalidade, a publicidade, a constância e a clareza, nem as virtudes *paideicas*, que repousam na presença de um sentido de coletividade compartilhado pelas comunidades e assegurados por seus textos fundamentais.

Um desses casos é – seguindo a descrição de Teubner – o domínio da internet. Em discussões sobre a eficácia de direitos fundamentais no ciberespaço, são marcantes as diferenças entre as estruturas do direito tradicional e o “código”⁷⁷ eletrônico de exclusão/inclusão baseado em protocolos.⁷⁸ O problema não é nem o da clareza dos preceitos, como Scheuerman poderia sugerir: o “código” estritamente binário (modelo lógico 0-1) desenvolvido no subsistema cibernético estabelece um grau de calculabilidade que os positivistas mais radicais jamais sonhariam atingir. A tradicional distinção legal/ilegal ganha contornos dramáticos, ao ponto de a argumentação jurídica ser excluída da jurisdição do “código”, entendido aqui como “a incorporação digital de normas de comportamento dentro da arquitetura do ciberespaço”⁷⁹. Ademais, o caráter de auto-aplicação do “código” concentra o que antes era dividido em três esferas – produção, aplicação e execução legal, ou seja, as bases do *rule of law* – em apenas uma: o controle baseado na digitalização do direito. A tríade formada pelo controle de condutas, construção de expectativas e resolução de conflitos é reduzida ao controle eletrônico do “código”, que dissolve qualquer tipo de autonomia de cada norma.⁸⁰ A auto-aplicação pode ser vista como uma vantagem para os operadores do subsistema, mas também contém um sério potencial de transformar o ciberespaço em uma estrutura de violência direta, não mediada.

E quanto mais restritos forem os critérios adotados no *input* do “código”, maior é ameaça de arbitrariedade. Significa dizer que o ciberespaço é vulnerável ao exercício de uma violência sem as restrições encontradas não só em âmbito estatal, mas também em boa parte da produção legal que acontece dentro do setor privado - ainda que os parâmetros costumem ser menos claros nesse último caso, uma vez que a dinâmica dos subsistemas é sempre marcada por um misto de organização e espontaneidade.⁸¹ Na lógica do ciberespaço, por exemplo, a exclusão de um domínio ou interferências ao livre acesso carregam

⁷⁶ SCHEUERMAN, William. Franz Neumann: Legal Theorist of Globalization? *Constellations*, Oxford, v. 8, n. 4, p. 503-520, 2001.

⁷⁷ TEUBNER, Gunther Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory. In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (eds.). *Transnational Governance and Constitutionalism*. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 21.

⁷⁸ KARAVAS, Vaios; TEUBNER, Gunther. *www.CompanyNameSucks.com: The Horizontal Effect of Fundamental Rights on 'Private Parties' within Autonomous Internet Law*. *Constellations*, Oxford, v. 12, n. 2, p. 262-282, 2005. p. 269.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 270.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 269.

⁸¹ TEUBNER, Gunther Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory. In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (eds.). *Transnational Governance and Constitutionalism*. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 23.

o caráter de sentenças de morte. E a execução, nesse caso, é sumária – sem direito a recursos argumentativos. A lógica do “código” eletrônico afasta possíveis considerações sobre a “justiça” da decisão, uma vez que sua normatividade é precisamente calculada. O direito global é capaz de mostrar aqui sua face mais violenta, especialmente se for dominado por influências do poderio político e econômico. Nesse ponto, Teubner frisa a importância da independência do ciberespaço em relação a esses fatores externos, ou seja, sua capacidade de desenvolver sua própria constituição⁸² de acordo com valores considerados fundamentais, como a liberdade de acesso e o direito à privacidade.

O exemplo do Airbnb contém algo de semelhante: ao mesmo tempo em que cria a norma, a plataforma também julga sua aplicação e executa as medidas que entende como necessárias. Fosse um caso isolado, poderíamos contestar sua importância ou mesmo seu potencial ofensivo. Mas tudo leva a crer que cada vez mais utilizaremos plataformas que se irão autorregular nesses mesmos moldes. É bem verdade que a coisa não funciona dessa maneira em outros domínios onde a constitucionalização, como sugere Teubner, encontra-se mais desenvolvida. Mas pode-se dizer que o alerta sobre a possibilidade de uma violência sem controle deve ecoar em todos os setores do plano transnacional. E esse alerta, a partir de Cover, suscita algumas questões.

Não seria o direito global, em razão das relações de poder existentes entre os atores envolvidos, e pela própria carência de textos sobre os quais buscar interpretações legais, um lugar onde o papel da violência no direito torna-se mais visível? A relativa indefinição sobre autoridades decisórias, tornando-as mais difusas, não aumentaria o perigo de que a violência se torne cada vez mais fora de controle? Será que o direito global não pode se tornar, finalmente, mais o lugar da violência do que o da interpretação?

Certamente não há respostas generalizáveis a essas perguntas. É preciso verificar como o processo de *jurisgenesis* se dá em cada setor, e quais são os órgãos e instituições responsáveis por controlar os significados jurídicos em cada um deles. Ao recuperar o pensamento de Franz Neumann, Scheuerman colocara o problema nos termos da busca por um equilíbrio entre o dinamismo das dinâmicas globais e as virtudes representadas pelo *rule of law*.⁸³ Com Cover, voltamos nossa atenção para um aspecto que une esses dois campos e é, provavelmente, inseparável de qualquer contexto jurídico: a violência.

Nesse ponto, uma derradeira reflexão sobre a dicotomia *imperial/paideico* nos parece interessante. Ao superar a tradicional visão do direito como mero conjunto de normas, Cover enraizou-o em narrativas totalizantes que estabelecem o que devemos ou não fazer no contexto de uma, por assim dizer, visão

⁸² *Ibid.*, p. 18.

⁸³ SCHEUERMAN, William. Franz Neumann: Legal Theorist of Globalization? *Constellations*, Oxford, v. 8, n. 4, p. 503-520, 2001. p. 517.

de mundo. Como acabamos de mostrar, o *nomos* pode ser *imperial*, como no caso do Estado de direito, ou *paideico*, quando prevalece um senso de comunidade e um aspecto pedagógico da lei.

A despeito da dificuldade de encontrarmos elementos normativos claros na obra de Cover, a sua caracterização do que seja violência parece apontar para a valorização do *nomos paideico* em detrimento do modelo *imperial*. Ora, se a violência reside na atuação judicial para destruir normatividades possíveis, ou seja, para dar cabo de novas possibilidades de expressão de humanidade, um *nomos* com características *paideicas* aparentemente daria lugar a menos atos de violência. Isto porque, com base em um determinado senso de comunidade figurada em textos canônicos, este modelo de *nomos* teria como objetivo maior incentivar a criação de novos mundos.

Além disso, centrando a análise neste modelo, podemos passar a questionar o pressuposto de fragmentação das ordens normativas no qual Teubner em larga medida se baseia. Para voltar ao exemplo do Airbnb (que nesse ponto se assemelha à discussão sobre o direito da internet, levada adiante por Karavas e Teubner), ainda que estejamos diante de um modelo contratual de hospedagem que extrapola fronteiras e cria mecanismos próprios de imposição de suas regras, a “comunidade” Airbnb sentiu necessidade de fazer menção – mesmo que implícita – aos “direitos humanos” a fim de remeter a legitimidade de sua atuação a um conjunto de textos de caráter marcadamente universalizante, ou seja, que serve de fundamento a um projeto de comunidade global de homens e mulheres.

Apenas a pesquisa empírica será capaz de revelar se o mesmo fenômeno se repete em outras ordens normativas. Neste caso específico, a afirmação da especificidade do Airbnb está sendo articulada, claramente, com fundamento em uma narrativa que aponta para um determinado senso de comunidade universal. Com efeito, permanece pertinente a questão da possibilidade de controle sobre a imposição das normas do Airbnb, ou seja, a falta de instrumentos efetivos para fiscalizar e controlar a ação dos representantes deste empreendimento ao redor do planeta. Mas seja como for, ao menos neste caso, não estamos diante de um exemplo de fragmentação cultural, mas sim de uma proposta de unidade normativa global em outros termos. É justamente nesse sentido que o *nomos paideico* pode nos auxiliar a refletir com maior precisão sobre o que pode significar, de fato, a fragmentação do direito contemporâneo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ainda pouco explorada – e no Brasil praticamente desconhecida – obra de Robert Cover demonstra um enorme potencial de reavivar muitos debates jurídicos. No campo do direito global, a despeito da valorosa contribuição fornecida pelo conceito de *jurisgenesis*, a reconsideração da violência como

elemento inseparável da interpretação legal talvez seja a grande contribuição teórica a ser fornecida pelo autor. Como vimos, esse aspecto foi pouco considerado por Dunoff e Berman, autores que transpuseram a obra de Cover para o contexto atual e que trabalham em um registro mais descritivo do que normativo.

O reconhecimento de que as ordens jurídicas transnacionais são estruturas equivalentes aos tribunais estatais no que se refere à capacidade de gerir violência parece colocar a discussão sobre o direito global para além da tradicional alternativa regulação estatal/autorregulação. Para Teubner, aliás, esse dilema parece resolvido em favor da segunda opção, e não haveria nada que a desacreditada política internacional pudesse fazer nesse contexto. Entretanto, deve-se ir além da mera observação sobre a forma – em parte espontânea, em parte organizada – pela qual cada subsistema desenvolve suas constituições civis sem Estado.

Como instrumentos ordenados para a prática da violência via interpretação legal, os novos órgãos e instituições responsáveis pela produção e aplicação do direito no âmbito transnacional demandam a atenção da comunidade internacional para possíveis arbitrariedades em suas práticas. E isso está presente, ainda que com graus de importância diferentes, tanto nas normativas da Organização Mundial do Comércio (WTO) como no compromisso que uma plataforma como o Airbnb assume em relação a seus usuários.

A reprodução da violência parece ser algo intrínseco ao direito⁸⁴, mas isso não impede que sejam estabelecidos parâmetros de vigilância contra práticas que violem direitos considerados fundamentais por muitos Estados. Enquanto Dunoff fala em um “*nomos* sem narrativa”, não seria possível falar também da ameaça – parafraseando o outro texto fundamental de Cover – de uma “violência sem palavra”? Toda vez que um usuário do Airbnb se sentir prejudicado e a plataforma tomar as medidas que entende necessárias, saberemos um pouco mais sobre o potencial violento do direito no espaço transnacional, e também por qual trilha o direito global irá enveredar.

REFERÊNCIAS

AIRBNB. Política de Não Discriminação do Airbnb: Nosso compromisso com a inclusão e o respeito. 2016. Disponível em: <<https://www.airbnb.com.br/help/article/1405/airbnb-s-nondiscrimination-policy--our-commitment-to-inclusion-and-respect>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

⁸⁴ Para discussões mais abrangentes sobre a relação entre direito e violência na obra de Cover, ver os artigos contidos em SARAT, Austin (ed.). **Law, Violence, and the Possibility of Justice**. Princeton, New Jersey: University Press, 2001.

BERMAN, Paul Schiff. Global Legal Pluralism. **Southern California Law Review**, v. 80, p. 1155-1237, 2007.

_____. Federalism and International Law Through the Lens of Legal Pluralism. **Missouri Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1149-1184, 2008.

COVER, Robert. The Uses of Jurisdictional Redundancy: Interest, Ideology, and Innovation. **William & Mary Law Review**, v. 22, n. 4, 1981. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2313&context=wmlr>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

_____. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2705, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. Acesso em: 5 dez. 2016.

_____. The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**. Paper 2706, 1985. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2706>. Acesso em: 5 dez. 2016.

_____. Violence and the Word. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2708, 1986. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2708>. Acesso em: 5 dez. 2016.

DEZALAY, Ives; TRUBEK, David M. A Reestruturação Global e o Direito. In: FARIA, José Eduardo. **Direito e Globalização Econômica**. São Paulo: Malheiros, 1996.

DUNOFF, Jeffrey. A New Approach to Regime Interaction. In: YOUNG, Margaret (ed.). **Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation**. Cambridge: University Press, 2012.

KARAVAS, Vaio; TEUBNER, Gunther. www.CompanyNameSucks.com: The Horizontal Effect of Fundamental Rights on 'Private Parties' within Autonomous Internet Law. **Constellations**, Oxford, v. 12, n. 2, p. 262-282, 2005.

HABERMAS, Jürgen. A constitucionalização do direito internacional ainda tem uma chance? In: _____. **O ocidente dividido**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. cap. 4, p. 115-204.

SCHEUERMAN, William. Franz Neumann: Legal Theorist of Globalization? **Constellations**, Oxford, v. 8, n. 4, p. 503-520, 2001.

TAMANAHA, Brian. Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global. **Sydney Law Review**, v. 30, n. 2, p. 375-411, 2008.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional. **Impulso**: Revista de Ciências Sociais e Humanas, Piracicaba, Unicamp, v. 14, n. 33, p. 9-32, 2003.

_____. Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory. In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (eds.). **Transnational Governance and Constitutionalism**. Oxford: Hart Publishing, 2004.

_____. **Constitutional Fragments**: Societal Constitutionalism and Globalization. Oxford: University Press, 2012.

* **Submetido em: 15 jan. 2017. Aceito em: 26 dez. 2017.**