



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

OS CAMINHOS PARA A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NO ESPAÇO TRANSNACIONAL

THE PATHS FOR DEMOCRATIC LEGITIMACY IN TRANSNATIONAL SPACE

Maurício Pedroso Flores¹

RESUMO

Diferentes áreas da vida social têm estado cada vez mais sob domínio de regulações transnacionais públicas e privadas. Diante da ausência de paralelos diretos com o direito estatal, a qualidade democrática das dinâmicas jurídicas do espaço transnacional passa a ser avaliada por meio de novos enquadramentos teóricos. Este artigo busca em um primeiro momento traçar um panorama sobre o contexto atual de multinormatividade que vivemos e a importância de se pensar formas democráticas de legitimação sobre o que se tem se denominado genericamente como “governança global”. Em seguida, apresenta resumidamente algumas das vertentes teóricas presentes nos debates sobre legitimidade democrática transnacional. Por fim, apresenta algumas questões que uma visão crítica pode levantar acerca do influente diagnóstico sobre o direito transnacional produzido por Gunther Teubner.

Palavras-chave: governança global; espaço transnacional; legitimidade democrática; multinormatividade.

ABSTRACT

Different areas of social life have been increasingly under control of transnational public and private regulations. Given the absence of direct parallels with state law, the democratic quality of the legal dynamics of transnational space is now being assessed through new theoretical frameworks. This article first seeks to sketch a landscape of the current context of multinormativity we are living and the importance of thinking about democratic forms of legitimation on what has generally been called “global governance”. Then, it briefly presents some of the theoretical strands that are attending debates on transnational democratic legitimacy. Finally, it presents some questions that a critical view may raise about the influential diagnosis of transnational law produced by Gunther Teubner.

Keywords: democratic legitimacy; global governance; multinormativity; transnational space.

INTRODUÇÃO

Os Estado-nações têm se deparado, ano a ano, com uma concorrência cada vez mais forte no que diz respeito à produção do direito. Áreas como a economia, o ciberespaço, a ciência, o mundo do trabalho e os meios de comunicação e de transporte têm se orientado não mais somente pelo direito estatal ou pelo direito internacional

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista Capes/Proex. E-mail para contato: mauriciopflores@gmail.com



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

público, mas também - em alguns casos, principalmente - por ordens normativas transnacionais público-privadas.

Algo comum a todas essas ordens é o fato de que seus atores não são representantes democraticamente eleitos por uma coletividade e nem estão submetidos a controles institucionais ou constitucionais que estabeleçam padrões públicos de atuação, ao contrário do que costuma acontecer na maioria dos sistemas políticos estatais modernos. Em outras palavras, milhões de indivíduos são afetados diariamente por regras sobre as quais eles não detêm qualquer tipo de controle - não participam de sua produção e, muitas vezes, sequer dispõem de um meio para contestá-las.

Por outro lado, parece precipitado dizer que a única resposta possível a essa conjuntura reside em um “retorno” de áreas e problemas transnacionais aos domínios do Estado. Além da dificuldade de se levar a cabo uma renacionalização, essa atitude não soa, em algumas áreas, como algo sequer desejável. Basta pensar na complexa regulação do ciberspaço para perceber que os Estados nacionais não estão preparados para resolver todo tipo de problema que transcende suas fronteiras.

A alternativa mais efetiva parece ser o desenvolvimento de regras, processos e instituições no espaço transnacional. Mas como fazê-lo? É possível encontrar soluções generalizáveis para diferentes áreas? É possível estabelecer instituições e procedimentos verdadeiramente democráticos? Estabelecer regras públicas, claras e acessíveis? Até mesmo constituições? Questões como essas têm sido objeto de debates intensos há pelo menos vinte anos. Sob diferentes termos e conceitos, todos eles buscam apontar formas - se é que se julgue possível encontrá-las - de legitimar regulações jurídicas oriundas de ordens normativas transnacionais. Diante disso, a tarefa principal desse artigo é a de mapear algumas das correntes mais importantes dos debates relativos à legitimidade do direito transnacional.

Na primeira parte, traça-se um panorama sobre o contexto atual de multinormatividade que vivemos e a importância de se pensar formas de legitimação sobre um enorme conjunto de iniciativas e regulações não-estatais que formam aquilo que se tem se denominado genericamente como “governança global”. Na segunda parte, busca-se compreender as diferentes abordagens teóricas sobre legitimidade democrática transnacional guiando-se por classificações como ênfase em normatividade ou em experimentação, por um lado, e ceticismo ou defesa em relação a conceitos específicos,



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

por outro. Na parte final, são esboçadas alternativas para se pensar os fenômenos regulatórios transnacionais a partir de algumas ponderações críticas ao influente diagnóstico de Gunther Teubner sobre a fragmentação do direito na era da globalização.

1 A LEGITIMIDADE DA “GOVERNANÇA GLOBAL”

Parece de pouco proveito discutir, ainda hoje, se a *soft law* de regimes como a *lex mercatoria* ou os mecanismos de tomadas de decisão de um órgão multissetorial como a Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números (ICANN) constituem ou não direito. Isto é, se as normas predominantemente “sociais” de algumas instâncias transnacionais são de fato *jurídicas*. Essa discussão, à primeira vista relevante, hoje cede terreno para debates mais específicos diante do evidente impacto que as ordens normativas pós-estatais provocam em nossas vidas, independentemente do reconhecimento delas quanto “direito”.

As evidências empíricas parecem hoje largamente a favor de pluralistas como John Griffiths, que há muito denunciavam o “centralismo jurídico”, isto é, a crença de que o direito é uma “ordem exclusiva, sistemática e unificada de proposições normativas”² comumente identificadas com o direito liberal dos Estados modernos. Vivemos em mundo organizado por regras diversas produzidas em lugares diversos. Essas regras podem ou não ser de nosso conhecimento, e tornam-se mais ou menos visíveis conforme nossos gostos, ocupações ou hábitos de lazer. Provavelmente os motoristas de aplicativos sabem mais sobre as regras das plataformas que utilizam do que sobre as diretrizes adotadas pela Organização Mundial do Comércio (OMC), embora para um exportador de grãos possa acontecer exatamente o contrário.

Em razão de notáveis avanços tecnológicos das últimas décadas, nossa vida social passou a ser especialmente permeável a alguns tipos de regras independentemente de nosso conhecimento sobre elas, como no caso do ciberespaço, por exemplo. Redes sociais, aplicativos de mensagens e plataformas de comércio são hoje indispensáveis para milhões de pessoas que realizam atividades muito diferentes, mas que em sua grande maioria

² GRIFFITHS, John. What is Legal Pluralism? *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, [S.I.], v. 18, n. 24, 1986, p. 3.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

compartilham do sentimento de não saber exatamente a que tipo de regulações se encontram submetidas.

Se em relação ao direito produzido pelo Estado possuímos alguma forte de controle e participação na criação de regras - seja pela eleição de representantes, pela possibilidade de contestação judicial ou por outros meios alternativos de pressão - o mesmo não ocorre na esmagadora maioria dos espaços transnacionais de criação jurídica. Pode ser um absurdo pensar que o dirigente de uma empresa multinacional devesse ser eleito pelos consumidores, mas quando essa empresa tem o alcance e a influência que tem o Facebook ou a Google não é absurdo pensar que *algum* tipo de controle devesse ser exercido. Essa possibilidade tem estado cada vez mais presente nos últimos anos, com debates importantes sobre *fake news* e proteção de dados na internet.

Os debates teóricos sobre como alcançar padrões democráticos em um contexto pós-nacional têm sido intensos há pelo menos vinte anos. John Dryzek, um dos primeiros a falar propriamente nas possibilidades de uma democracia transnacional, apontava para três aspectos centrais: em primeiro lugar, o conceito de democracia deve ser desvinculado das ideias de Estado ou de fronteira; segundo, a sociedade civil adquire um papel fundamental nos esforços democráticos na nova constelação transnacional; terceiro, a legitimidade democrática transnacional envolve, mais do que nunca, experimentação³. É possível dizer que a maior parte da bibliografia contemporânea incorpora de alguma forma esses três aspectos, embora haja uma margem considerável de desacordo em relação à importância a ser concedida a cada um deles.

Outro aspecto comum é o fato de praticamente nenhuma delas ignorar que o Estado ainda é um ator dotado de força nesse cenário, e de que há um imaginário político e institucional legado pela modernidade que ainda pode ser útil para pensar questões transfronteiriças. Todas elas admitem, em maior ou menor grau, o fato de que não podemos apostar todas as fichas em processos de renacionalização ou na transposição direta de estruturas democráticas desenvolvidas no contexto estatal para o ambiente regulatório transnacional.

Uma renacionalização parece não apenas inoportuna, em razão da extensão dos problemas, mas também improvável, diante do forte declínio da capacidade de

³ DRYZEK, John. Transnational democracy. *The Journal of Political Philosophy*, Cambridge, v. 7, n. 1, 1999, p. 43-48.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

investimento por parte dos Estados, cada vez mais dependentes de investidores que atuam no mercado financeiro internacional.⁴ Da mesma forma, transpor instituições e processos consolidados pelas democracias estatais se apresenta como uma tarefa extremamente difícil. Muitas das condições presentes no Estado não encontram equivalentes diretos no contexto transnacional: percebe-se a escassez, por exemplo, de autoridades centralizadoras, da ideia de um povo constituinte originário, de uma sociedade civil que seja ao mesmo tempo produtora e destinatária das normas, de estruturas político-institucionais capazes de articular valores e objetivos desejáveis para uma comunidade política.

Esses e outros elementos de representação, participação e regulação formam uma espécie de *pedigree* das democracias estatais que não pode ser imediatamente replicado no contexto pós-estatal. Evidentemente, isso acarreta consequências para a qualidade do direito produzido transnacionalmente, uma vez que ele não é mais apoiado por uma gama de processos e instituições que visam garantir sua legitimidade perante os indivíduos, exigindo-lhes determinados comportamentos publicamente estabelecidos e assegurando-lhes uma série de garantias de ordem material e procedural.

Mas qual então o patamar de legitimidade que pode ser alcançando pelos diversos níveis e âmbitos da “governança global”⁵? Que tipo de controle democrático pode ser estabelecido e quais os parâmetros para avaliá-lo? Como avaliar criticamente o direito produzido por atores transnacionais e que impacta diariamente nossas vidas tanto quanto os ordenamentos estatais?

Tentar responder esse tipo de questão é a tarefa de uma série de estudos que integram um campo de investigação interdisciplinar que pode ser nomeado, de forma

⁴ STREECK, Wolfgang. **Tempo comprado: a crise adiada do capitalismo democrático**. São Paulo: Boitempo, 2018.

⁵ Na definição clássica de James Rosenau, “Governança global é a soma de uma miríade - literalmente milhões - de mecanismos de controle conduzidos por diferentes histórias, objetivos, estruturas e processos. Talvez cada mecanismo compartilhe uma história, uma cultura e uma estrutura com alguns outros, mas não há características ou atributos comuns a todos os mecanismos. Isso significa que qualquer tentativa de avaliar as dinâmicas da governança global deverá necessariamente lidar com múltiplas dimensões, e que qualquer esforço para traçar uma estrutura hierárquica de autoridade que vagamente conecte fontes díspares de governança está fadado ao fracasso.” ROSENAU, James. Governance in the twenty-first century. **Global Governance**, Boulder, v. 1, n. 1, 1995, p. 16.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

geral, como legitimidade democrática transnacional⁶. Apesar de nem todos os autores trabalharem com essa terminologia, é possível dizer que os problemas tratados desembocam, de uma forma ou de outra, na aspiração por regulações transnacionais mais transparentes, públicas e claras, isto é, mais democráticas. Algumas correntes, conforme veremos, preferem pensar soluções a partir da via do constitucionalismo ou da publicidade do direito, sem colocar termos como “democracia” ou “legitimidade democrática” no centro. Os problemas atacados comportam, no entanto, uma relação direta com ambos.

A proposta desse artigo não é a de fornecer um panorama exaustivo das correntes e ênfases teóricas existentes, mas propõe apresentar algumas delas na seção que se segue. A ideia aqui é identificar alguns dos principais elementos de divergências e as antinomias presentes nesse debate, que parece muito longe de poder ser encerrado por uma resposta duradoura e válida para todas áreas de regulação envolvidas.

2 ENTRE NORMATIVIDADE E EXPERIMENTAÇÃO, DEFESA E CETICISMO

O campo teórico da legitimidade democrática transnacional envolve um conjunto de abordagens teóricas, análises empíricas, conceitos filosóficos e das ciências sociais. Dada a dinâmica acelerada e interdependente das regulações jurídicas estudadas, é um campo onde dificilmente se pode conceber diagnósticos precisos e prognósticos viáveis. Pressupostos teóricos sobre direito e democracia são constantemente postos à prova por novos fenômenos regulatórios em diferentes níveis, e tanto as análises descritivas como as expectativas normativas devem ser a todo tempo atualizadas.

Dependendo da perspectiva teórica adotada, os contornos que um controle democrático transnacional deveria assumir variam substancialmente: ele deveria se basear em mais ou menos regras formais? Os Estados nacionais deveriam ter primazia sobre as deliberações? A ênfase do processo democrático deveria recair sobre o papel das instituições intergovernamentais ou a atuação dos atores privados? Instituições multilaterais deveriam paulatinamente ceder espaço às experiências multissetoriais,

⁶ É possível falar em democracia transnacional, mas muitos autores têm optado pelo termo legitimidade democrática como forma de distinguir as pretensões de democracia no espaço transnacional de processos muito mais consolidados no âmbito estatal. Assim, a utilização do termo “legitimidade democrática” ajuda a marcar uma diferença qualitativa, reservando-se o termo “democracia” para seu sentido mais tradicional, nacionalmente orientado.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

especialmente em áreas como a ciência e o meio ambiente? Que papel terá a sociedade civil em cada um desses modelos, e o que definirá uma possível “sociedade civil transnacional” como tal? Para fins explicativos, consideraremos as diferentes abordagens teóricas sobre a legitimidade democrática transnacional por meio de sua aproximação relativa a dois polos: a construção de ideais normativos e o incentivo à experimentação. Esses dois aspectos estão presentes em alguma medida em todas as abordagens, mas a ênfase dada a um ou outro nos permite entrever uma primeira classificação teórica.

A primeira abordagem, que procura enfatizar a importância de conservar ideais políticos normativos no espaço transnacional, encontra seu maior expoente nas diferentes variantes do cosmopolitismo. Desde os trabalhos precursores de Archibugi e Held⁷ essa tradição caracteriza-se por repensar o modelo democrático-liberal encontrado no Estado moderno a partir das reconfigurações políticas e territoriais de questões como a proteção do meio ambiente, a regulação das trocas comerciais e a proteção dos direitos humanos no âmbito das empresas multinacionais. A ideia de uma “democracia cosmopolita” emerge como resposta aos novos desafios transnacionais, baseada no fortalecimento de estruturas democráticas em instituições internacionais e no estabelecimento de novas formas de tomada de decisão pautadas por princípios liberais. Em suma, a democracia cosmopolita é um “projeto de uma teoria política normativa que busca aplicar alguns dos princípios, valores e procedimentos da democracia ao sistema político global”⁸.

Em geral, a pretensão dos democratas cosmopolitas não é a de constituir uma federação mundial de Estados, mas de revelar alguns pressupostos normativos que permitam a cidadãos e cidadãs exercer direitos e deveres do nível local ao nível global, lançando mão de ideais como a de uma sociedade civil mundial e de uma ética universal dos direitos humanos, dois aspectos que costumam ser criticados por leituras críticas ou descoloniais como as de William Scheuerman⁹ e Sérgio Costa¹⁰, respectivamente.

⁷ ARCHIBUGI, Daniele; HELD, David (orgs.). *Cosmopolitan democracy: an agenda for a New World Order*. Cambridge: Polity Press, 1995.

⁸ ARCHIBUGI, Daniele. *Cosmopolitan democracy: a restatement*. *Cambridge Journal of Education*, Cambridge, v. 42, n. 1, 2012, p. 9.

⁹ SCHEUERMAN, William. *Frankfurt School perspectives on globalization, democracy, and the law*. Nova York: Routledge, 2008.

¹⁰ COSTA, Sérgio. *Democracia cosmopolita: déficits conceituais e equívocos políticos*. In: TOSTES, Ana Paula; VITA, Álvaro de. (orgs.). *Justiça e processos democráticos transnacionais*. São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2005.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

Uma das maiores influências do cosmopolitismo é a obra de Jürgen Habermas, especificamente sua concepção de democracia deliberativa¹¹. Seu modelo tem sido constantemente revisitado e reinterpretado para se adaptar às novas configurações do espaço transnacional. O próprio Habermas¹² inclusive tratou de reavaliar as possíveis contribuições de sua teoria diante das novas transformações, situando-se em uma terceira via entre realistas e cosmopolitas, como alguém que pensa a democracia a partir das instituições existentes a nível transnacional.

Mas a própria obra de Habermas, uma referência no que diz respeito a pretensões “normativas”, tem sido lida também sob a ótica de uma necessidade de maior experimentação. A democracia deliberativa habermasiana tem sido tomada, por exemplo, como base teórica para se avaliar a qualidade democrática de iniciativas multissetoriais¹³. O multissetorialismo¹⁴ tem sido considerado como capaz de aliar eficiência, transparência e ampla participação na gestão de alguns assuntos transnacionais. Essa estrutura institucional é particularmente bem-sucedida no âmbito da governança sobre nomes, domínios e protocolos da internet, que internacionalmente fica a cargo da ICANN¹⁵ e, no Brasil, do Conselho Gestor da Internet (CGI), ambas iniciativas multissetoriais que reúnem

¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2 vols. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 1997.

¹² HABERMAS, Jürgen. A constitucionalização do direito internacional ainda tem uma chance? In: HABERMAS, Jürgen. *O ocidente dividido*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

¹³ MENA, Sébastien; PALAZZO, Guido. Input and output legitimacies in multi-stakeholder initiatives. *Business Ethics Quarterly*, Cambridge, v. 22, n. 3, p. 527-556, 2012; HAHN, Rüdiger; WEIDTMANN, Christian. Transnational governance, deliberative democracy, and the legitimacy of Iso 26000: analyzing the case of a global multistakeholder process. *Business & Society*, [S. l.], v. 55, n. 1, p. 90-129, 2016; MARTENS, Wil; LINDER, Bastiaan van der; WORSDÖRFER, Manuel. How to assess the democratic qualities of a multi-stakeholder initiative from a habermasian perspective? Deliberative democracy and the equator principles framework. *Journal of Business Ethics*, Dordrecht, 2017. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs10551-017-3532-4>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

¹⁴ Tradução para o português da expressão de língua inglesa *multistakeholderism*. De acordo com a definição generalista dada por Mark Reymond e Laura DeNardis, “o multissetorialismo envolve duas ou mais classes de atores engajados em uma iniciativa de governança comum relativa a assuntos considerados públicos por natureza e caracterizados por relações poliárquicas de autoridade constituídas por regras procedimentais.” RAYMOND, Mark; DeNARDIS, Laura. Multi-stakeholderism: anatomy of an inchoate global institution. *Commission on Internet Governance Paper Series*, n. 41, 2016, p. 2 Disponível em: <<https://www.cigionline.org/publications/multi-stakeholderism-anatomy-inchoate-global-institution>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

¹⁵ NYE, Joseph. The regime complex for managing global cyber activities. *Global Commission on Internet Governance Paper Series*, n. 1, 2014. Disponível em: <<https://www.cigionline.org/publications/regime-complex-managing-global-cyber-activities>>. Acesso em: 02 jul. 2019.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

especialistas, empresários, agentes governamentais e demais atores públicos e privados. Um autor como Kal Raustiala chega mesmo a sugerir, baseado em evidências empíricas trazidas de organismos como o Fundo Global de Luta contra Aids, Tuberculose e Malária, que as iniciativas multisectoriais são inclusive capazes de fortalecer as instituições multilaterais e, consequentemente, fomentar formas de governança mais democráticas no espaço transnacional¹⁶.

Um outro viés baseado em julgamentos empíricos sobre a governança transnacional é trazido pela escola norte-americana do Direito Administrativo Global (*Global Administrative Law*). Esse campo emergente parte da ideia de que boa parte dessa governança é realizada nos moldes da ação administrativa encontrada nos Estados, e busca assim identificar o "conjunto de mecanismos, princípios, práticas e compreensões sociais de apoio que promovem ou de alguma forma afetam a *accountability* dos órgãos administrativos globais" para que eles "obedeçam a padrões adequados de transparência, participação, decisão motivada e legalidade, com a possibilidade de revisão efetiva das normas e decisões adotadas"¹⁷.

Dessa forma, o Direito Administrativo Global se propõe a investigar práticas regulatórias de organismos, estruturas e arranjos institucionais que exerçam funções de governança transnacional e que contem com reconhecimento público, como é o caso clássico da Organização Internacional de Normalização (ISO). Para tanto, considera como ação administrativa global todo tipo de norma, sentença ou tomada de decisão que não envolva a celebração de tratados de direito internacional e nem a simples solução de disputas entre partes. Aqui, a ênfase na experimentação fica ainda mais clara do que nos modelos baseados na democracia deliberativa de Habermas, ainda comprometidos com um conjunto de ideais normativos extraídos de sua obra.

Contudo, para além das questões de ênfase entre normatividade e experimentação, o debate teórico sobre legitimidade democrática transnacional também concentra disputas

¹⁶ RAUSTIALA, Kal. Public power and private stakeholders. *UCLA Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Los Angeles, n. 17-26, 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3023598>. Acesso em: 02 jul. 2019.

¹⁷ KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. A emergência de um direito administrativo global. In: BADIN, Michelle (org.). *Ensaios sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 13. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17512/Ensaios-sobre-o%20direito-administrativo-global.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2019.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

importantes sobre os contornos e a conveniência de alguns conceitos fundamentais, tais como constitucionalismo pós-estatal, direito público transnacional e sociedade civil transnacional. No primeiro caso, como demonstra Neil Walker¹⁸, a questão é de fato muito mais conceitual do que empírica. Os céticos quanto a possibilidade de se alcançar estruturas constitucionais para além do Estado costumam apontar para uma concepção de Constituição mais completa, como um horizonte epistêmico e parte de um imaginário político que só fazem sentido quando pensados nacionalmente. Por outro lado, os defensores mobilizam as evidências empíricas existentes em organismos como a União Europeia para demonstrar que é sim possível falar em diferentes graduações de constitucionalismo, isto é, falar em interações constitucionais mesmo que ausentes as molduras institucionais, jurídicas, políticas e sociais encontradas no contexto estatal. Mas a questão permanece: é possível aceitar graus de constitucionalismo? E em que medida pode ser útil chamar de constitucionalismo algo que às vezes só muito vagamente lembra o constitucionalismo estatal?

É aqui que aparece a ideia de um direito público pós-nacional, trazida justamente como uma forma de resolver o debate sobre constitucionalismo pós-nacional. Mas, de acordo com Neil Walker¹⁹, esse termo tampouco ajuda a dissipar as divergências de perspectiva existentes entre otimistas e céticos que estudam o espaço transnacional. A questão se torna, aliás, ainda mais complexa, na medida em que existem céticos em relação à publicidade do direito que defendem a possibilidade de um constitucionalismo, como é o caso de Gunther Teubner, e aqueles que pensam exatamente o contrário, caso do já mencionado Direito Administrativo Global. Para além das posições de duplo ceticismo ou duplo reconhecimento, a divergência entre essas duas abordagens intermediárias reside, uma vez mais, em uma questão de ênfase. Enquanto Teubner aponta para as origens sociais do fenômeno constitucional (*inputs*), a escola do Direito Administrativo Global se concentra mais nos processos e nos resultados (*outputs*) das regulações transnacionais. Em suma, muitas questões continuam aqui sem resposta muito clara: as diferentes regulações da “governança global” se parecem com a administração dos

¹⁸ WALKER, Neil. Taking constitutionalism beyond the state. *Political Studies*, Londres, v. 56, p. 519-543, 2008.

¹⁹ WALKER, Neil. Postnational constitutionalism and postnational public law: a tale of two neologisms. *Edinburgh School of Law Research Paper Series*, n. 2012/20, 2012. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2138145>. Acesso em: 03 jul. 2019.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

Estados? Podem se pautar pelos mesmos princípios que estas? Nesse caso, que tipo de mecanismo irá vigiar os regimes, e como se dará o *enforcement*?

Por fim, em relação ao conceito de sociedade civil transnacional, pode-se dizer que as primeiras projeções teóricas foram mais ambiciosas, como a de Daniel Weinstock²⁰, enquanto as abordagens recentes têm se mostrado menos otimistas, como as de Phillip Okhorn²¹ e de Mathias Koenig-Archibugi²². Desde o início sabia-se da dificuldade de integrar públicos transnacionais, que não contam com uma identidade nacional comum, em prol de objetivos compartilhados. As esperanças de uma sociedade civil transnacional ganharam impulso com a experiência da União Europeia e a formação de redes transnacionais concentradas em torno de questões específicas, como meio ambiente, relações de consumo e erradicação de trabalho escravo. Enquanto o exemplo da União Europeia aponta para as possibilidades de uma integração por meio da ideia de uma *cidadania* transnacional, os exemplos das redes transnacionais enfatizam a integração por *áreas* ou *problemas*. Aparentemente, a ideia de uma sociedade civil transnacional baseada em noções de cidadania tem sido minada pela recente onda nacionalista que culminou na eleição de Donald Trump nos Estados Unidos e na retirada, ainda indefinida, do Reino Unido da União Europeia. Ao contrário, integrações por área ou por um problema regulatório em comum têm contado com um desenvolvimento maior. Para autores como Teubner, esse segundo caso seria a *única* alternativa possível diante da complexidade das questões envolvidas, conforme veremos a seguir.

3 UM DIREITO DEMOCRÁTICO PARA ALÉM DA FRAGMENTAÇÃO?

Teubner é o autor de um dos diagnósticos contemporâneos mais influentes sobre direito transnacional. Na obra *Fragmentos Constitucionais*, publicada originalmente em 2012, o autor alemão condensa uma série de estudos empreendidos ao longo de décadas e apresenta sua versão sobre o panorama do direito na era da globalização. Diante de uma série de escândalos relacionados à emergência de regimes transnacionais, Teubner chama

²⁰ WEINSTOCK, Daniel. Prospects for transnational citizenship and democracy. *Ethics & International Affairs*, Cambridge, v. 15, n. 2, p. 53-66, 2001.

²¹ OXHORN, Philip. Civil society without a state? Transnational civil society and the challenge of democracy in a globalizing world. *World Futures: The Journal of New Paradigm Research*, Quebec, v. 63, n. 5-6, p. 324-339, 2007.

²² KEONIG-ARCHIBUGI, Mathias. Fuzzy Citizenship in Global Society. *The Journal of Political Philosophy*, Oxford, v. 20, n. 4, p. 456-480, 2012.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

a atenção para uma “nova questão constitucional”²³, localizada não mais na política, mas nas energias sociais situadas fora do poder político e para além das fronteiras estatais. Áreas da sociedade civil como o sistema financeiro, as trocas econômicas, a ciência, a saúde, o esporte e os meios de comunicação foram pouco a pouco desenvolvendo suas próprias dinâmicas de regulação ou, na linguagem adotada por Teubner, suas próprias constituições sociais parciais, todas elas com acentuado grau de autonomia em relação a constituição estatal. De acordo com o autor, tais dinâmicas foram certamente intensificadas pela globalização, mas na verdade são anteriores a ela - a latência das forças sociais que impulsionam o constitucionalismo parcial pode ser reconstituída sociologicamente desde a formação do Estado liberal.

Com o advento da globalização, no entanto, a sociedade mundial fragmenta-se em diferentes áreas e níveis de regulação e as estruturas jurídicas se desformalizam. A diferenciação social já presente nos primórdios do Estado-nação se estende então ao âmbito global, e esferas importantes de nossa vida cotidiana passam a ser reguladas por regimes transnacionais aos quais nenhuma constituição estatal delegou poder. A legitimidade de atuação desses regimes não está pressuposta em nenhuma instituição específica, mas encontra-se em um contínuo processo de disputas tanto no interior, entre seus participantes, como em relação a outros regimes. Esses conflitos auxiliam a demarcar o alcance e as funções regulatórias de cada sistema parcial, uma vez que eles não podem, à moda das constituições estatais, ter a pretensão de abranger os diversos ramos da vida social. A totalidade constitucional é então substituída, no plano transnacional, por fragmentos constitucionais - conjuntos de regras e ordens independentes que coexistem na sociedade mundial globalizada.²⁴

No âmbito estatal, as garantias fundamentais instituídas pelo direito liberal como salvaguarda ao poder arbitrário do soberano e normas democráticas sobre divisão de poderes, adjudicação e processo eleitoral formam um núcleo democrático que se propõe como autônomo em relação ao jogo político de interesses e as constelações de poder econômico. No plano internacional, há normas concretas que visam proteger direitos humanos básicos de cidadãos e cidadãs - em que pese as enormes dificuldades de aplicação

²³ TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: Constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 24.

²⁴ TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: Constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 107.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

dessas normas. Mas que tipo de garantia democrática é possível estabelecer no espaço duplamente fragmentado da sociedade mundial - dividida tanto por setores como por diferentes culturas e tipos de organização social, como aponta Teubner (2016, p. 46)? Como o direito poderá fortalecer essa nova legitimidade democrática?

O caminho seguido por Teubner aponta para a já mencionada transformação do conceito de constituição no âmbito transnacional, localizando-o nos processos de diferenciação social. A solução para a questão constitucional deve ser pensada a partir de cada subsistema, pois somente ele pode determinar sua identidade própria e sua compatibilidade com o conjunto da sociedade. No entanto, uma vez que “os sistemas funcionais, em si, não são capazes de ação, nem de comunicação, nem de negociação, nem de política”, torna-se imperativa a presença de organizações formais que executem tais tarefas.²⁵

Entretanto, para além das críticas que possam ser feitas à própria utilização do termo constitucionalismo, empregado sem maiores ressalvas por Teubner, seu diagnóstico sobre a fragmentação do direito deixa questões democráticas em aberto. Alertado por críticos de sua obra, Teubner recentemente dedicou um texto ao tema, em que apresenta uma visão de democracia aparentemente compatível com seu diagnóstico inicial, mas que pode ser acusada como frágil. Teubner²⁶ argumenta que, ao contrário do que o senso comum poderia sugerir, nenhuma evidência empírica aponta para um maior grau de legitimidade da governança internacional “pública” sobre a governança “privada”. Mas por que então persiste a descrença quanto a possibilidade de que se estabeleçam padrões aceitáveis de legitimidade democrática nos regimes transnacionais? Porque os críticos, segundo Teubner²⁷, erram ao invocar um consagrado princípio democrático e transferi-lo de forma acrítica para o plano transnacional: o princípio *quod omnes tangit, ab omnibus tractari et approbari debet*, isto é, o que afeta a todos deve ser igualmente decidido por todos. Em seu lugar, Teubner propõe uma forma mais adequada ao âmbito dos regimes transnacionais: *quod omnes tangit, ab omnibus contestari debet* - aquilo que afeta a todos deve também poder ser contestado por todos.

²⁵ TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: Constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 89.

²⁶ TEUBNER, Gunther. *Quod omnes tangit: transnational constitutions without democracy?* *Journal of Law and Society*, Cardiff, v. 45, n. 1, 2018, p. 10.

²⁷ TEUBNER, Gunther. *Quod omnes tangit: transnational constitutions without democracy?* *Journal of Law and Society*, Cardiff, v. 45, n. 1, 2018, p. 11.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

Em poucas palavras, a apostila de Teubner para uma maior legitimidade democrática reside na formação de “dissensos vigorosos” no plano transnacional, bem como no potencial de contestação de públicos afetados que se encontram às margens dos centros de decisão dos sistemas. Mas como garantir, por exemplo, que a formação de dissenso nos regimes transnacionais seja “vigorosa”, como pretende Teubner, se as decisões não forem de livre acesso a qualquer pessoa interessada ou se não estiver claro sobre quais regras ou sobre qual argumentação elas se sustentam? Em outro aspecto, Teubner²⁸ parece correto ao dizer que é do interesse dos próprios interessados no plano transnacional buscar meios de tornar as suas regulações legítimas. Mas até que ponto podemos confiar nesse autointeresse? Não deveríamos também nos guarnecer do potencial arbitrário de atores internacionais utilizando formas jurídicas menos voláteis do que as que temos?

Evidentemente, os processos de constituição e autolimitação dos regimes transnacionais não devem ser equiparados aos requisitos formais das normas e procedimentos que dão forma a um Estado de direito. A transnacionalização dos âmbitos sociais transformou a ideia de representação de uma forma definitiva, como demonstram as infrutíferas tentativas de controlar o regime da internet - um subsistema transnacional por excelência - por meio de uma organização intergovernamental composta por representantes oficiais dos Estados. Mas disso deveríamos extrair a conclusão de que um direito baseado em regras claras, públicas e gerais não faz mais sentido no plano transnacional?

Longe de refletir um mero interesse acadêmico, essa é uma questão que não escapa a quem atua no campo transnacional, mesmo naquelas em áreas consideradas como refratárias a regulações mais formais. Arancha González, diretora executiva do Centro de Comércio Internacional²⁹, tem alertado para os riscos de que as trocas comerciais no mundo deixem um modelo de regulação por regras em prol de uma regulação por acordos: “penso que para todos os países ao redor do mundo, especialmente aqueles - ao menos dois terços deles - que são pequenos em tamanho e pobres em termos de poder, um

²⁸ TEUBNER, Gunther. *Quod omnes tangit: transnational constitutions without democracy?* *Journal of Law and Society*, Cardiff, v. 45, n. 1, 2018, p. 6.

²⁹ Agência multilateral criada em 1964 e que atua em parceria com a Organização Mundial do Comércio (OMC) na regulação das trocas comerciais globais.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

sistema baseado em acordos não é bom".³⁰ Entre as justificativas para a adoção de acordos encontra-se o dinamismo das relações econômicas globalizadas, o que impossibilitaria o sucesso de regras mais fixas.

O papel de uma atitude crítica no contexto do direito transnacional é justamente o de avaliar o quanto justificativas como essa são plausíveis, uma avaliação que provavelmente irá se basear em diferentes critérios conforme a área de regulação a ser investigada. O tradicional antagonismo entre dinamismo econômico e formalismo jurídico pode muitas vezes ser mera aparência, como bem aponta William Scheuerman³¹.

Ao suspeitar de “complexidades” como a que Teubner postula, Scheuerman recuperou uma ideia muito cara à Teoria Crítica, de Horkheimer a Habermas: a ideia de patologia social da razão, isto é, a visão segundo a qual existe um déficit de racionalidade que se deve a uma organização insatisfatória da vida social ou econômica - uma espécie de “bloqueio” ao potencial emancipatório contido nas práticas e atores sociais³². Essa ideia é fundamental para abordagens críticas sobre o fenômeno da globalização na medida em que estabelece um critério normativo para distinguir tendências emancipatórias ou predatórias nos regimes transnacionais - ou ainda, na linguagem de Teubner³³, diferenciar entre formas de crescimento dos sistemas sociais com “leves tendências inflacionárias de produção simbólica” de formas “socialmente danosas”.

Embora Scheuerman postule uma centralidade da economia que Teubner provavelmente consideraria como exacerbada no âmbito dos regimes transnacionais, a afirmação de que existem sim “patologias” na globalização, as quais devam ser rigorosamente identificadas, eleva o aspecto normativo da teoria teubneriana a um patamar crítico mais radical.

Essa abordagem não poderá ser desenvolvida aqui por questões de espaço, mas cabe uma última observação sobre as diretrizes que devem guiar o trabalho de uma Teoria

³⁰ CNBC. *Trade has become the scapegoat for the world's problems: ITC*. Englewood Cliffs, 13. set. 2017. Disponível em: <<https://www.cnbc.com/2017/01/20/trade-has-become-the-scapegoat-for-the-worlds-problems-itc.html>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

³¹ SCHEUERMAN, William. *Frankfurt School perspectives on globalization, democracy, and the law*. Nova York: Routledge, 2008, p. 28.

³² HONNETH, Axel. A social pathology of reason: on the intellectual legacy of Critical Theory. In: RUSH, Fred (org.). *The Cambridge companion to Critical Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

³³ TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: Constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 153.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

Crítica da legitimidade democrática transnacional, à luz das correntes anteriormente expostas. Por um lado, a crítica deve sempre desconfiar dos apelos por experimentação sem um conjunto de critérios normativos explícitos, uma vez que eles podem representar mera legitimação das dominações políticas e econômicas que já tendem a se reproduzir no cenário transnacional. Por outro, é preciso desconfiar do grau de utopismo contido em ideais políticos normativos que não se estabelecem a partir de diagnósticos efetivos sobre as possibilidades concretas de realização democrática no espaço transnacional. Um pensamento crítico provavelmente não será capaz de escapar dos dualismos entre normatividade e experimentação, ceticismo e defesa; mas terá sempre a missão clara de problematizá-los à luz de diagnósticos constantes sobre um tempo de intensas mudanças.

CONCLUSÃO

Este artigo pretendeu apresentar brevemente o atual problema da legitimidade democrática no contexto dos regimes jurídicos transnacionais e como diferentes abordagens têm se proposto a lidar com ele. Como vimos, a incompatibilidade entre os modelos de participação desenvolvidos no contexto dos Estados e a produção do direito no espaço transnacional acarreta a necessidade de se pensar em novas alternativas - regras, processos, instituições estão em constante experimentação.

A fragmentação desse espaço não deve ser revertida por meio de uma regulação central, seja sob a forma do direito estatal ou do direito internacional público. Nesse ponto, é difícil discordar do diagnóstico de Teubner. Mas o que essa fragmentação representa em termos da qualidade do direito produzido transnacional é outra questão. Isso é algo que não precisaria preocupar Teubner enquanto observador sistêmico - mas, como seus últimos textos demonstram, essa é uma preocupação difícil de ser evitada.

A questão que fica é: mesmo considerando o atual cenário de fragmentação, não seria possível formular critérios normativos *universais* capazes de avaliar a qualidade democrática dos regimes? A ideia de um direito democrático baseado no *rule of law*, ideia tão cara a alguns pensadores da Teoria Crítica do Direito, não poderia estabelecer um norte na busca por caminhos para a legitimidade democrática transnacional?

O conceito de democracia inscrito na concepção de direito democrático aqui exposto é bastante simples, mas ao mesmo tempo extremamente ambicioso no que se



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

refere ao espaço transnacional: democracia é a possibilidade de que as pessoas participem da produção das normas que regem suas próprias vidas. Até que ponto a expectativa normativa criada a partir dessa concepção será satisfeita é algo a ser verificado, mas ela pode ser útil como um ideal crítico sobre o qual podemos avaliar as diferentes tentativas de se estabelecer maior legitimidade democrática no espaço transnacional.

Dado que em muitos casos não há instituições formais com a finalidade de garantir a participação dos indivíduos na produção das normas, é preciso “pavimentar o caminho” por meio de iniciativas tanto dos Estados como da sociedade civil para que as demandas sociais possam ser consideradas - lembrando sempre que produção das normas não é o mesmo que adjudicação, e que nenhum “dinamismo” do direito na globalização é plenamente capaz de justificar bloqueios na participação democrática.

REFERÊNCIAS

ARCHIBUGI, Daniele. Cosmopolitan democracy: a restatement. *Cambridge Journal of Education*, Cambridge, v. 42, n. 1, p. 9-20, 2012.

ARCHIBUGI, Daniele; HELD, David (orgs.). *Cosmopolitan democracy: an agenda for a New World Order*. Cambridge: Polity Press, 1995.

CNBC. *Trade has become the scapegoat for the world's problems: ITC*. Englewood Cliffs, 13. set. 2017. Disponível em: <<https://www.cnbc.com/2017/01/20/trade-has-become-the-scapegoat-for-the-worlds-problems-itc.html>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

COSTA, Sérgio. Democracia cosmopolita: déficits conceituais e equívocos políticos. In: TOSTES, Ana Paula; VITA, Álvaro de. (orgs.). *Justiça e processos democráticos transnacionais*. São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2005.

DRYZEK, John. Transnational democracy. *The Journal of Political Philosophy*, Cambridge, v. 7, n. 1, p. 30-51, 1999.

GRIFFITHS, John. What is Legal Pluralism? *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, [S.I.], v. 18, n. 24, p. 1-55, 1986.

HABERMAS, Jürgen. A constitucionalização do direito internacional ainda tem uma chance? In: HABERMAS, Jürgen. *O ocidente dividido*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2 vols. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 1997.

HONNETH, Axel. A social pathology of reason: on the intellectual legacy of Critical Theory. In: RUSH, Fred (org.). *The Cambridge companion to Critical Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

KEONIG-ARCHIBUGI, Mathias. Fuzzy Citizenship in Global Society. *The Journal of Political Philosophy*, Oxford, v. 20, n. 4, p. 456-480, 2012.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. A emergência de um direito administrativo global. In: BADIN, Michelle (org.). **Ensaios sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17512/Ensaios-sobre-o%20direito-administrativo-global.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

MARTENS, Wil; LINDER, Bastiaan van der; WORSDÖRFER, Manuel. How to assess the democratic qualities of a multi-stakeholder initiative from a habermasian perspective? Deliberative democracy and the equator principles framework. **Journal of Business Ethics**, Dordrecht, 2017. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs10551-017-3532-4>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

MENA, Sébastien; PALAZZO, Guido. Input and output legitimacies in multi-stakeholder initiatives. **Business Ethics Quarterly**, Cambridge, v. 22, n. 3, p. 527-556, 2012.

NYE, Joseph. The regime complex for managing global cyber activities. **Global Commission on Internet Governance Paper Series**, n. 1, 2014. Disponível em: <<https://www.cigionline.org/publications/regime-complex-managing-global-cyber-activities>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

OXHORN, Philip. Civil society without a state? Transnational civil society and the challenge of democracy in a globalizing world. **World Futures: The Journal of New Paradigm Research**, Quebec, v. 63, n. 5-6, p. 324-339, 2007.

RAUSTIALA, Kal. Public power and private stakeholders. **UCLA Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Los Angeles, n. 17-26, 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3023598>. Acesso em: 02 jul. 2019.

RAYMOND, Mark; DeNARDIS, Laura. Multi-stakeholderism: anatomy of an inchoate global institution. **Commission on Internet Governance Paper Series**, n. 41, 2016. Disponível em: <<https://www.cigionline.org/publications/multi-stakeholderism-anatomy-inchoate-global-institution>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

ROSENAU, James. Governance in the twenty-first century. **Global Governance**, Boulder, v. 1, n. 1, p. 13-43, 1995.

SCHEUERMAN, William. **Frankfurt School perspectives on globalization, democracy, and the law**. Nova York: Routledge, 2008.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: Constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. *Quod omnes tangit*: transnational constitutions without democracy? **Journal of Law and Society**, Cardiff, v. 45, n. 1, p. 5-29, 2018.

WALKER, Neil. Postnational constitutionalism and postnational public law: a tale of two neologisms. **Edinburgh School of Law Research Paper Series**, n. 2012/20, 2012. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2138145>. Acesso em: 03 jul. 2019.

WALKER, Neil. Taking constitutionalism beyond the state. **Political Studies**, Londres, v. 56, p. 519-543, 2008.

WEINSTOCK, Daniel. Prospects for transnational citizenship and democracy. **Ethics & International Affairs**, Cambridge, v. 15, n. 2, p. 53-66, 2001.