

RECEBIDO EM: 26/12/2017

APROVADO EM: 12/01/2018

DÉFICE DEMOCRÁTICO NO DIREITO TRANSNACIONAL: APARÊNCIA OU FATO?

*DEMOCRATIC DEFICIT IN TRANSNATIONAL LAW:
APPEARANCE OR FACT?*

Álvaro Osório Simeão

*Doutorando e Mestre em Direito pelo Uniceub/DF. Professor de Direito
Constitucional e Eleitoral - Faculdade Processus/Brasília/DF.*

Advogado da União - AGU

SUMÁRIO: Introdução; 1 A democracia contratual; 2 A internacionalização do direito; 3 A democracia para além do liberalismo em Weber, Luhmann e Teubner; 4 A legitimidade do Direito Transnacional em Lars Vellechner: o mito da territorialidade dos Direitos Fundamentais; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Na democracia liberal a obediência ao direito positivo se prende ao fato de que as normas são produzidas por poderes constitucionalmente estabelecidos, de modo que o ordenamento jurídico é visto como expressão de soberania. Esse postulado tangencia o conceito de Direito Transnacional, daí se falar em déficit democrático. A justificação dessas normas passa por construções doutrinárias pós-liberais. O artigo analisa quatro dessas construções legitimadoras do Direito Transnacional, propostas por quatro pensadores alemães: Karl Emil Maximilian Weber, Niklas Luhmann, Günther Teubner e Lars Viellechner. A hipótese contestável é no sentido de que há pontos em comum, a serem identificados, nessas quatro correntes de pensamento sobre legitimidade normativa

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Legitimidade. Direito. Transnacional. Alternativas.

ABSTRACT: In liberal democracy obedience to positive law is linked to the fact that norms are produced by constitutionally established powers, so that the legal system is seen as an expression of sovereignty. This postulate touches on the concept of Transnational Law, hence the term democratic deficit. The justification of these norms passes through post-liberal doctrinal constructions. The article analyzes four of these legitimating constructions of Transnational Law, proposed by four German thinkers: Karl Emil Maximilian Weber, Niklas Luhmann, Günther Teubner and Lars Viellechner. The contestable hypothesis is that there are points in common, to be identified, in these four currents of thinking about normative legitimacy

KEYWORDS: Democracy. Legitimacy. Law. Transnational. Alternatives.

INTRODUÇÃO

O modelo liberal de democracia tem se mostrado insuficiente para justificar o processo de formulação normativa, no âmbito das instituições internacionais, sobretudo na pendência de impasse entre os Estados integrantes desses organismos ou quando ocorra restrição à participação desses Estados na instância deliberativa.¹ Para além disso, a partir da globalização e transnacionalização das relações surgem atores privados em estruturas globais altamente especializadas que criam uma identidade mundial normativa que também não se adequa ao paradigma contratualista do Estado-nação². O presente artigo pretende analisar quatro conceitos de democracia que, suplantando esse ideário liberal calcado no consenso do governado, através de eleições regulares e livres, possa servir de base razoável para o processo de produção normativa transnacional e tomada de decisão por instituições internacionais.

O objetivo está em identificar e analisar teorias de justificação que possam suprir o que alguns autores chamam de *défice de legitimidade* que permeia a governança supranacional, lembrando que este tipo de autoridade não se alicerça, historicamente, em sufrágio.

Cresce a cada dia em importância esse tema quando temos em vista, primeiramente, que a globalização, como verve fática da mundialização do direito, coloca em pauta o debate sobre a legitimação das normas, que não mais pode ser entendida como atividade única e exclusiva do Estado nacional. Modelos alternativos, relacionados às fontes do direito, surgem a cada dia e possibilitam um pensamento concreto sobre a reformulação do conceito liberal de democracia.³

Ademais, o *défice democrático* no processo decisório dos organismos internacionais vem sendo utilizado, por alguns países, como justificativa para a não assinatura de tratados, protocolos e convenções, sob a falsa alegação de ferimento a sua soberania. Assim, a pesquisa visa também explicitar argumentos que deitem por terra esse tipo de alegação que,

1 Vide, por exemplo, o artigo 25 da Carta das Nações Unidas, segundo o qual as decisões do Conselho de Segurança são vinculantes para todos os Estados que integram a organização, mas onde somente cinco membros participam, de forma permanente, do processo de tomada de decisão.

2 BARBOSA, Luiza Nogueira, MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. *O direito transnacional ("global law") e a crise de paradigma do estado-centrismo*. REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS. v. 13, n.3, p.146-159. Brasília, 2016.

3 Podemos citar, entre outros, o modelo reflexivo de Teubner, o modelo autopoiético de Luhmann e o modelo garantista horizontal de Viellechner.

no mais das vezes, prende-se verdadeiramente a questões políticas de interesse próprio.⁴

A mundialização tem estado cercada por uma discussão que remonta ao utilitarismo e ao contratualismo que fundamentam, por assim dizer, as teorias clássicas sobre o Estado. Tal fenômeno põe em pauta uma discussão que remete à legitimidade do Direito Internacional frente a necessidade de preservação da liberdade, igualdade, soberania popular e limitação do poder. Esses princípios, como sabemos, são os esteios maiores do que se convencionou chamar, no liberalismo político, de democracia.

A Constituição Brasileira consagra, junto com a maioria dos ordenamentos ocidentais, que todo poder emana do povo, devendo ser exercido diretamente ou por meio de representantes eleitos (artigo 1º parágrafo único). Resta explicitado em quase todo mundo civilizado, também constitucionalmente, que o poder estatal deve ser dividido, não podendo ser exercido com exclusividade, sob pena de retorno ao absolutismo (artigo 2º da Constituição Brasileira de 1988).

A pergunta, no que se relaciona à Mundialização do Direito, tem a ver com a identificação das fontes deste fenômeno. É preciso verificar se os conceitos clássicos de povo e democracia se aplicam à mundialização. Em caso negativo, de que forma se pode justificar, sob o prisma da legitimidade política, este processo?

Não há dúvida de que na formação do Direito Internacional há, mas sob a ótica puramente liberal, um claro déficit democrático que se relaciona com as dificuldades em se construir uma vontade política legítima devido à inexistência de uma base social comum. A produção normativa internacional não obedece a uma congruência em relação aos seus destinatários, no sentido de somente vincular aqueles que tiveram efetiva participação na feitura dos tratados e acordos. Isso leva à indagação sobre quais são os limites do poder normativo internacional. Para responder a esta pergunta é preciso, antes de tudo, verificar se há, de fato, um entendimento consolidado, dentro de um espectro liberal, sobre o que é democracia e, em caso positivo, qual seria essa noção.

4 O argumento de que a soberania americana não poderia render-se a uma autoridade internacional não eleita foi usado pelos Estados Unidos da América para não ratificação do Protocolo de Quioto sobre o Clima, em 1997.

1 A DEMOCRACIA CONTRATUAL

A democracia é, na verdade, o móvel maior da própria modernidade. A filosofia política do constitucionalismo liberal é uma só: a filosofia democrática, que se baseia na ideia de “governo do povo, pelo povo e para o povo”.

Durante todo o tempo posterior às revoluções liberais, a ciência política pretendeu viabilizar a democracia. Esse foi e, para uma boa parte do mundo ainda é, o desafio maior a ser perseguido pelo Estado⁵. Tanto as doutrinas sociais, como as econômico-liberais, procuraram preservar o regime democrático a partir da manutenção da liberdade e da igualdade. É bem verdade que o socialismo muito mais preocupado com a igualdade que com a liberdade, enquanto o liberalismo sempre se fiou numa igualdade automática, utópica e ingênua (*invisible hands*). A terceira via, presente num suposto socialismo democrático, não saiu dos alfarrábios.

Os valores democráticos cultivados no berço do Estado-nação constitucional possuem fonte no pensamento de Rousseau, que defendia a implicação mútua da igualdade com a liberdade. Uma vez que os homens não fossem desiguais, todos poderiam tudo que não violasse a alteridade, sendo essa condicionante final justamente a razão maior de ser do Direito (restringir a liberdade própria em favor da liberdade do outro).

Rousseau via no pacto social a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, ao Estado. Desta forma, cada um, dando-se a todos, não se dá a ninguém, pois “*a condição é igual para todos e cada um ganha o equivalente daquilo que perde e mais força para conservar aquilo que tem*”⁶.

É constante, entre os contratualistas que fomentaram doutrinariamente as chamadas revoluções liberais, primeiramente na Inglaterra, e depois nos Estados Unidos da América e França, a ideia de que a base de um regime democrático está no respeito à vontade coordenada de um conjunto de indivíduos que se identificam por vínculos culturais, geográficos, genealógicos e naturais. Essa vontade, denominada de soberania popular, redundava num pacto social que transforma a multidão em povo e faz nascer o Estado-nação, ou Estado dos nacionais⁷.

5 Afinal, como assevera Mireille Delmas Marty (2003), menos de metade dos 185 países que integram a ONU fazem eleições livres, com sufrágio universal.

6 MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. São Paulo: Forense, 2002. p. 162

7 ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. São Paulo: L&PM Pocket, 2007.

De qualquer maneira, não há democracia, em seu contexto liberal, sem a integração entre liberdade e igualdade. Essa é uma outra noção consolidada, além do princípio garantidor da simbiose entre vontade geral do povo e normas jurídicas a serem obedecidas por esse povo⁸.

Ora, pelo menos sob ótica teleológica temos que a Mundialização do Direito é um processo que objetiva o mesmo que a democracia dos modernos, ou seja, promover igualdade e liberdade. A diferença está unicamente centrada nos limites territoriais em que essa missão deve ser desempenhada. Enquanto um direito mundial procura universalizar esses valores entre nações, para todo o planeta, as Constituições ainda estão atreladas à preservação de uma democracia restrita ao conceito de povo, desconsiderando a noção de humano. É preciso, desta forma, reformular-se a noção de democracia, aproximando-a de uma axiologia que privilegie a pessoa, e não as peculiaridades culturais deste ou daquele país. Este é o caminho que viabiliza, com legitimidade, um direito comum entre nações.

O conceito moderno de democracia somente se harmoniza num contexto onde o elemento humano se situa física e culturalmente em um dado território, ou seja, é preciso haver uma base social comum, com fatores de aproximação que vão do nacionalismo até os interesses pessoais e hábitos cotidianos. Ninguém há de negar, por exemplo, que o pensamento norte-americano sobre honra individual é bem distinto do japonês, e que o senso ético brasileiro parece algo diferente do dinamarquês.

A concepção clássica de povo é, contudo, sectária. Nos manuais de Direito Constitucional e Ciência Política ainda se vê, mesmo que sob crítica, a definição segundo a qual o povo seria um “conjunto de pessoas vinculadas por sua origem étnica ou pela cultura comum”⁹.

O conceito de povo deve ser pluralista e direcionado para o estabelecimento de igualdade e liberdade universais. Isso somente é possível quando se relegam as diferenças e são sopesadas as características comuns, que identificam o ser humano independentemente do local, cultura ou raça a que pertença.

Numa visão que contempla a atuação política extraterritorial, além de aspectos ligados a cultura e etnia, é melhor se entender o povo como

8 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *O Poder Constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

9 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 188

“um grupo de homens que se delimita e se reúne politicamente, que é consciente de si mesmo como magnitude política e que entra na história atuando como tal”¹⁰.

A concepção contratualista de “povo” difere da concepção de população. Povo é o conjunto dos nacionais com expressão política, de maneira que, seguindo essa fórmula, a democracia somente pode ocorrer no âmbito interno dos Estados, excluindo os estrangeiros. Para os pensadores do final do século XVI e XVII era imponderável uma “democracia global” ou que pelo menos suplantasse as fronteiras estatais.

Na modernidade a ideia de Estado-nação é básica, pois se parte do paradigma particularista segundo o qual deve haver uma congruência fundamental entre um grupo social integrado por fortes laços econômicos, culturais e históricos e as opções político-normativas adotadas para a consecução do bem comum. O Estado, com poder absoluto de auto-determinação, é fonte de todo o direito, fundador e mantenedor de toda política¹¹.

O contratualismo, base teórica do Estado-nação, liga-se ao conceito tradicional de soberania: poder absoluto e perpétuo que permeia toda coisa pública¹². A soberania funda e caracteriza o Estado por meio de uma Constituição que nada mais é do que a própria realização do princípio democrático, sobre o qual passa a se legitimar todo o poder político, obrigado a respeitar, por força de um documento escrito, o valor liberdade.

Ir contra a Constituição é atentar contra a democracia, pois aquela cria um campo de força ao redor do indivíduo, protegendo-o do arbítrio estatal¹³. A democracia, nesse contexto, é um modelo que não deixa de se basear na desconfiança em relação ao poder, tanto assim que é preciso que ele permaneça dividido, em funções, para evitar a volta ao absolutismo, que hoje seria melhor denominado de ditadura¹⁴.

10 BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el estado del derecho y la democracia*. Madri: Trota, 2002.

11 BOGDANDY, Armin Von; DELLAVALLE, Sergio. *Universalism and particularism as paradigm of international law*. Institute of international law and justice of New York university school of law, Working Paper 2008/3, finalized at 07/02/2008.

12 BODIN, Jean. *The six books of the Commonwealth*. Oxford: Basil Blackwell Oxford, 1955.

13 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa (Qu'est-ce que le tiers état?). Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

14 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *O Poder Constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

Vê-se, dessa forma, que o contratualismo serviu de base ao constitucionalismo nacionalista de Sieyès, que fundou uma ordem baseada no caráter ilimitado do poder constituinte. A principal consequência que decorre do exercício do poder está na sua própria limitação por uma lei comum da sociedade: a Constituição, instituição normativa que nunca poderia ser contrastada pelo direito internacional.

Decorre daí que, no liberalismo, a competência constitucional é produto da soberania de um povo, habitante de um território específico, não podendo ser de qualquer forma atribuída a organismos internacionais, sob pena de ferimento ao princípio democrático. Conforme Sieyès: “*la nation existe avant tout, elle est l’origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même*”.¹⁵

Era útil e razoável que fosse assim, pois é pela capacidade normativa, alicerçada na razão humana, que o poder político se mostra apto para refrear e controlar, numa visão *hobbessiana*, os ímpetos da força bruta; por essa aptidão, ele se caracteriza, sob a Constituição, como criador de direito, isto é, como potência reguladora. Ora, no Estado moderno o conceito de soberania conota essa vocação fundamental do Poder. A soberania constituiu-se, assim, em requisito para a independência e onipotência do Estado constitucional moderno¹⁶.

2 A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Como já assinalado, na passagem da idade média para a modernidade estruturam-se, a partir premissas ligadas à filosofia contratualista, a ideia de democracia como regime de governo em que a soberania interna, ou popular, é fonte e fundamento de todo o poder político, ou na definição clássica de Lincoln: *a democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo*.

Entretanto, a atribuição progressiva de competências e de capacidades às organizações supranacionais, com a consequente multiplicação dos temas tratados pelo direito internacional, assuntos que antes eram afetos, com exclusividade, à disciplina interna das nações, induz à revisão conceitual do que seja democracia, pois na definição liberal esse fenômeno se mostra inapto a justificar a autoridade deliberativa e normativa das instituições internacionais.

15 “A nação existe antes de tudo. Ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, ela é a própria lei”. E.Sieyès. *Qu’est-ce que le tiers état?* (1789), reedição PUF, 1982. p.67.

16 GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Essa revisão cresce em importância quando se verifica que é cada vez maior a produção de normas por essas instituições que, como vimos, não se adequam ao modelo democrático liberal. Façamos um pequeno cotejo histórico para demonstrar o crescente papel legiferante desses organismos.

No entre guerras surgem organizações com pretensões mundiais. A Organização Internacional do Trabalho, de 1919, e a Liga das Nações, representaram marcos iniciais de uma internacionalização de competências que ainda perdura e cada vez mais se aprofunda. Por meio dessa crescente participação em organismos internacionais os Estados passam, por exemplo, a aceitar práticas comerciais em comum, a adotar medidas de proteção para o meio ambiente, e a comprometer-se com os direitos humanos. Tais mudanças refletem metamorfoses políticas e econômicas, e culminam com a transformação do sistema internacional em uma sociedade internacional – ou seja, na aceitação, por parte dos Estados soberanos, de normas compartilhadas e reconhecidas mutuamente¹⁷.

Após a segunda guerra mundial intensificou-se, por urgência humanitária, a atribuição de capacidade normativa pelos Estados aos organismos internacionais. O surgimento da Carta das Nações Unidas – ONU, em 1945, pontua o início de uma capacidade normativa que tem por esteio político não o poder soberano de um Estado, mas a conjugação de vontades nacionais voluntárias na tentativa de coordenar ações mínimas para garantir a paz e a segurança, passando a obrigar, inclusive com sanções por descumprimento, as nações ratificadoras do pacto.¹⁸

Esse movimento de internacionalização da capacidade normativa propagou-se com a publicação de vários outros diplomas internacionais, entre os quais podemos citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ambos de dezembro de 1966, e o Protocolo de Quioto, em vigor desde fevereiro de 2005.

No plano que se restringe a um continente cite-se, em relação à reformulação do conceito de soberania, a demandar uma nova visão do

17 LYONS, Gene M; MASTADUNO, Michael. *Beyond Westphalia? state sovereignty and international intervention*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1995.

18 A Carta das Nações Unidas foi assinada, em 1945, pelos países em guerra contra o Eixo, reunidos em San Francisco, nos Estados Unidos, com o objetivo de garantir a paz e a segurança mundiais e instituir, entre as nações, uma efetiva cooperação econômica, social e cultural. No mesmo momento entrou em vigor o Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Ambos os documentos passaram a vigor em 24 de outubro de 1945.

princípio democrático, a cooperação e integração entre os Estados da Europa. Trata-se de internacionalização normativa calcada inicialmente na Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, criada pelo Tratado de Paris (1951) e que significou a partida para a formação da Comunidade Econômica Europeia com a assinatura do Tratado de Roma, em 1957.

Nesses últimos cinquenta anos, o que era uma associação entre países com vistas à formação de um mercado comum, alargou-se e aprofundou-se, para além de fenômenos defectivos, como o BREXIT. Alguns autores chegam a afirmar que a Comunidade Europeia é o primeiro caso de renúncia formal de soberania, situação em que os Estados atribuem às organizações internacionais o direito de estabelecer normas sobre alguns assuntos, sem conservar para eles mesmos esse direito. Nesse caso não se fala em simples atribuição, mas em uma transferência de competência e capacidade¹⁹.

Os tratados comunitários europeus – Roma, Maastricht, Amsterdã, Nice e Lisboa – são diplomas contundentes em relação à extinção do conceito clássico de soberania sob ótica política.

O que se constata, a partir desse breve apanhado que ilustra a evolução do direito internacional frente à função normativa doméstica dos Estados, é que o processo de governança é cada vez mais centrípeto, ou seja, “de fora para dentro”²⁰. O próprio fenômeno constitucional, calcado na centralidade normativa do positivismo, que considerava a atuação estatal como única legitimadora da atividade legislativa, já sofre casos de heterodoxia completa, sendo a constituição elaborada e posta a vigor por forças externas²¹.

Existem exemplos relacionados a essa heterodoxia constitucional que desafiam completamente a ideia de democracia liberal. O primeiro encontra-se na Constituição Japonesa imposta pelos aliados após a segunda guerra, sem a oitiva do povo japonês. Outro caso mais recente é aquele protagonizado pelos Acordos Internacionais de Dayton, onde o anexo IV passou a ser a Constituição da recém-criada Bósnia-Herzegovina, em 1995. O texto, neste caso, foi elaborado e aprovado pela Organização das

19 VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional: alguns problemas de coerência sistêmica. Brasília: *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, ano 42, nº 167, jul./set. 2005, separata.

20 TOURARD, Hélène. *L'internationalisation des constitutions nationales*. Paris: LGDJ, 2000.

21 CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

Nações Unidas - ONU, sem a participação da população que seria regida por aquele diploma.

Nesse último caso de heterodoxia constitucional o organismo internacional apenas ratificou, formalmente, a soberania do país, surgido a partir do conflito nos Bálcãs²². Frise-se que, principalmente nesse último caso não há como negar que a imposição do texto era o mais justo e necessário, com base na força normativa dos fatos.

Em outras palavras, a arquitetura hierárquica escalonada por Kelsen e conhecida de todos os operadores do direito, não resiste à pressão fática calcada em valores cada vez mais universais e que crescem diante da experiência histórica. A história é objetiva e lógica ou, como expressou Gadamer “*é uma fonte de verdade muito distinta da razão teórica*”²³.

Para além dessa internacionalização do direito público impende salientar o fato relevante de que hoje, das primeiras cem economias mundiais, menos da metade são Estados, visto que 53 empresas têm faturamento maior do que o PIB de aproximadamente cento e cinquenta Estados do mundo²⁴. Essas grandes empresas exercem um evidente papel de produção normativa, direta e indireta, tornando difícil sustentar, se não com argumentos totalmente formalistas, que as atividades que as mesmas empreendem possuem um grande poder de produção normativa, sobretudo por força do arbitramento de relações comerciais internacionais²⁵.

Na ausência de uma autoridade central legitimada a exercer o poder jurídico de conformação normativa, juízes e árbitros privados transformam o conteúdo das formulações legislativas e constitucionais em face de novas referências normativas providas do ambiente internacional. Essas normas, denominadas transnacionais, assumem duas características novas: a ausência de um vínculo territorial estável e o pluralismo dos sistemas jurídicos de referência. A fonte do direito se modifica e se reestrutura, assumindo relevo a transformação advinda do contencioso entre empresas

22 MAZIAU, Nicolas. *L'internationalisation du pouvoir constituant. essai de typologie: le point de vue heterodoxe du constitutionnaliste*. Paris: Revue Générale de Droit International, p. 549-579, 2002-3.

23 GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método*, 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

24 MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*. Milano: Bruno Mondadori, 2010.

25 OLIVIEIRO, Maurizio. CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. v. 22, n.3, set./dez. 2017. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/index>>. Acesso em: 15 dez 2017.

privadas multinacionais e por meio da análise das decisões dos principais tribunais ligados aos organismos supranacionais

De toda maneira, diante do que até aqui expusemos, o que fica é a percepção de que o crescente processo de governança internacional carece de uma justificação democrática razoável, assim entendida como a qualidade que possa levar o destinatário da norma ou da decisão executiva a aceitar a autoridade desse ato independentemente de coerção, interesse próprio ou persuasão racional²⁶. Trata-se da necessidade de um esteio à adoção de sistemas de governo estabelecidos por organismos internacionais ou com a presença maciça dos mesmos, a interferir nos rumos dos Estados.

3 A DEMOCRACIA PARA ALÉM DO LIBERALISMO EM WEBER, LUHMANN E TEUBNER

Enquanto o sistema liberal consolidou, historicamente, uma racionalidade jurídica importante, centrada no pensamento constitucional e democrático de base contratual, a internacionalidade ainda carece de um modelo deliberativo capaz de justificar-se por meio de um poder legítimo. O déficit democrático, não resta dúvida, é o desafio central do processo de mundialização e alguns estudiosos se perguntam “*se a mundialização é eticamente desejável, na medida em que o respeito aos valores democráticos não é de forma alguma garantido pelo presente funcionamento das instituições internacionais*”²⁷.

Uma primeira alternativa ao modelo liberal nos é apresentada por Max Weber. O núcleo desse modelo está no argumento de que as normas não devem prevalecer unicamente porque a maioria a desejou, e sim porque a mesma significa a melhor forma de distribuição do justo. A legitimação quanto ao exercício do poder não se dá pela força quantitativa dos que a apoiam, mas a partir do momento em que a coletividade assume a norma como premissa de comportamento, o que ocorre por razões teleológicas²⁸.

Até por uma questão de cronologia histórica, a discussão sobre legitimidade em Weber não foi estruturada para justificar qualquer Direito Global, mas para entender a existência de governantes e governados. Contudo, o pensamento weberiano vai além do liberalismo político

26 BODANSKY, Daniel. The legitimacy of international governance: a coming challenge for international environmental law. *The American journal of international law*, v. 93, n. 03, jul. 1999, 596-624.

27 DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

28 WEBER, Max. *Economia e sociedade*. São Paulo: Imprensa oficial, 2004.

contratualista. Dessa forma, mostra-se aplicável essa teoria da justificação do poder ao processo de decisão que gera normas transnacionais, assim entendidas aquelas cuja fonte não está no Estado.

A sociologia weberiana sobre processos de legitimação dá pistas sobre as possibilidades estruturais para melhor fundamentar o processo decisório internacional. Basta ver que Weber apoia a legitimidade em três fatores possíveis: a) razão – a ação voltada a fins; b) tradição – obediência em função de costumes; c) carisma – qualidades individuais identificadas no governante. A conjugação desses três fatores poderia, segundo Weber, legitimar um processo decisório para além do fato de que o governante foi eleito pelo destinatário da norma.

A autoridade não se justifica tão-somente a partir da fonte do seu poder, mas também pelos fins da sua ação, pela prática temporal reiterada e pelas características pessoais. A autoridade pode se calcar nos resultados proporcionalmente visados por quem tem o poder de decidir, sendo certo que esse tipo de legitimação, conhecida como substantiva, amolda-se de maneira bem melhor ao processo de governança supranacional.

Niklas Luhmann, também crítico do contratualismo de consenso, complementa a sociologia weberiana e defende um enfoque contrário à legalidade positivista, pois segundo ele há muito mais dissenso do que consenso na sociedade, já que cada indivíduo tem expectativas próprias e a sociedade, portanto, é uma relação permanentemente em conflito: um conflito potencial sem limites que não se supera pela mera vontade coordenada da maioria²⁹.

A legitimidade, na concepção luhmanniana, revela uma disposição genérica para aceitar normas de previsão, ou seja, decisões abstratas, com conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância, de modo que é diferente aceitar as premissas da decisão e a própria decisão. Muito mais importante é o reconhecimento da justiça da fundamentação decisória como premissas que o próprio destinatário adotaria e estruturaria para a sua existência.

Assim, a justificação da autoridade de legislar não se prende somente à escolha pela maioria ou aos fins, como presente na concepção weberiana, mas principalmente no procedimento, entendido como sistemas de ação através dos quais os destinatários das normas aprendem e aceitam

29 LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.

previamente a mesma, sem contestá-la, ainda que lhe seja desfavorável. Procedimento, em Luhmann, não é uma ritualística de decisão.

Há três espécies de procedimento relevante na sociedade complexa: o da eleição política, conforme já identificado pelos liberais, o parlamentar, ligado à verdade dos fundamentos da decisão, e o judicial, que se liga a um critério de verdade ínsito ao que é legalmente válido. Esse último sistema de ação é principalmente relevante no processo de normatização internacional, seja no campo do público ou na seara privada das empresas multinacionais. O julgador ou árbitro das partes tem autoridade para fixar as premissas de decidir e a decisão, que se alastrará abstratamente para o futuro.

Dessa forma, a concepção de Niklas Luhmann, sendo uma reflexão alternativa à busca da verdade pelo positivismo liberal com base numa noção teórico-sistêmica de procedimento, pode ser aplicada ao processo de decisão travado no âmbito interno dos organismos internacionais e no âmbito do arbitramento internacional.

Gunther Teubner, assim como Luhmann, utiliza a premissa sistêmica e aposta num processo de delegação de competências decisórias do Estado para organizações privadas, atestando ainda que chegou ao fim a era da busca pelo consenso e do critério majoritário (vontade da maioria), daí porque entidades privadas e pequenos grupos, inclusive internacionais, teriam melhores condições de refletir sobre uma sociedade de alta complexidade e diferenciação³⁰.

O Estado globalizado estimula e patrocina, por exemplo, instâncias privadas para administração da justiça, onde se possam produzir acordos com força de lei entre as partes, liberando o Estado de uma função que antes lhe era exclusiva. O contributo de Teubner é principalmente e justamente o de aplicabilidade da teoria dos sistemas ao estudo empírico dos fenômenos jurídicos, entre os quais se elenca a formulação de tratados, convenções internacionais e a decisão judicial ou arbitral internacional.

Para Teubner é possível uma reconstrução do modelo liberal sobre o qual se estruturam, ainda hoje, as normas jurídicas e as decisões jurídicas em geral. A premissa da decisão jurídica é mais importante do que a autoridade da pessoa que a produz, e serve de pano de fundo cognitivo,

30 TEUBNER, Günther. *Societal constitutionalism: alternatives to state-centred constitutional theory*. In Storrs Lectures 2003/04, Yale Law School.

uma espécie de pré-compreensão do problema em uma clara aproximação à verdade de Heidegger.

Os modelos normativos e de decisão são construções especificamente jurídicas que se distanciam das formulações do senso comum porque devem trazer convencimento pela justiça e verdade dos seus fundamentos. Essa diferença reflete a condição essencial da resolução jurídica dos conflitos internos e internacionais, considerando a realidade complexa da sociedade global.

Teubner, com base em Eugen Ehrlich, analisa com profundidade uma das premissas existenciais do direito transnacional, que é a teoria do pluralismo jurídico. Para ele o direito transnacional, ao contrário do que poderíamos chamar de direito internacional clássico, não se atem à codificação da política celebrada entre os países e nem reflete fatores de poder como grupos ou comunidades. Mais importante, na justificação do processo de internacionalização, é o discurso e as redes de comunicação. Nas palavras do autor:

A fonte social do direito global não é o mundo da vida das redes pessoais globalizadas, mas o proto-direito de redes especializadas, organizativas e funcionais que estão formando uma identidade global, ainda que fortemente limitadas. O novo direito vivo do mundo é alimentado a partir da auto-reprodução contínua e altamente técnica e especializada, muitas vezes formalmente organizadas e bastante restritas, redes globais de natureza econômica, cultural, acadêmica ou tecnológica³¹

O que justifica o direito transnacional é a mudança no discurso e nas formas de comunicação dos atores novos que originam redes especializadas, que passam a criar leis esportivas, comerciais e mais recentemente leis criptográficas, por força do ciberespaço. Isso faz com que os Estados percam, paulatinamente, a sua soberania, pois os atores privados transnacionais deslocam a resolução de eventuais conflitos para fora das fronteiras do Estado-nação. A decisão jurídica desses conflitos é a principal fonte do direito transnacional.

Veja-se, portanto, que o déficit democrático que se constata na produção normativa internacional é mera aparência, e não fato, uma vez que tal falta de legitimidade só se justifica quando refletida à luz do dogma da

31 TEUBNER, Günther. *Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional*. Direito e Globalização 14, 2003. Disponível em: <<http://www.unimep.br/phpg/editora/revistapdf/imp33art01.pdf>>. Acesso em: 15 dez 2017.

modernidade liberal, e não quando confrontado sob aspectos da sociologia histórica, autopoietica e reflexiva da doutrina alemã.

4 A LEGITIMIDADE DO DIREITO TRANSNACIONAL EM LARS VIELLECHNER: O MITO DA TERRITORIALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito transnacional, ao contrário do direito internacional, é principalmente uma regulação nascida em ordem privada, que se relaciona com contratos e com decisões judiciais ou arbitrais relacionadas com a sua execução ou inexecução. Os atores-fonte do direito transnacional são pessoas, sobretudo jurídicas, fortes ao ponto de suas atividades afetarem interesses estatais, ainda que o debate concreto esteja centrado em questões transfronteiriças não globais³².

A esse direito, derivado da globalização e da privatização normativa, não é aplicável o modelo de legitimidade e limites fixados por uma Constituição territorial, da mesma forma que a justificação calcada no consenso contratual tende ao fracasso, pois a presunção de igualdade individual não se projeta ao campo transnacional, em que vigora o princípio da assimetria de poder. Não há como aplicar o princípio *one head, one vote* no ambiente da legislação transnacional.

Para Viellechner, a justificação possível para o direito transnacional passa por uma nova visão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, despida do mito da territorialidade, de modo que essa eficácia se imponha como limite da legislação produzida por atores transnacionais (*Horizontalwirkung von Grundrechten als Grund und Grenze transnationaler Rechtssetzung*)³³.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, projetando uma relação indivíduo-indivíduo, ambos privados, transcende a noção de territorialidade para se projetar a uma noção de ética global, para além de qualquer ordem estatal ou dependência de reconhecimento por um país. A legitimidade e os limites da governança transnacional estariam, assim, definidos por tal ética e sua eficácia horizontal.

32 VIELLECHNER, Lars. Transnationalisierung des Rechts. In: *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, v. 37, Issue 1, p. 206–209, ISSN (Online) 2366-0392, ISSN (Print) 0174-0202, DOI: <<https://doi.org/10.1515/zfrs-2017-0009>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

33 THORNHILL, C. Lars Viellechner: *Transnationalisierung des Rechts*, Weilerswist, Velbrück, 2013. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 37(1), p. 206-209. Retrieved 19 Dec. 2017, from doi:10.1515/zfrs-2017-0009.

A operacionalidade do direito transnacional não dependeria da sua coerência sistêmica, mas da parametrização das operações entre os atores privados à eficácia horizontal de uma certa gama de direitos fundamentais que transcendam o multiculturalismo.

Um exemplo desses direitos fundamentais extraterritoriais, desse novo paradigma, a estear essa nova democracia, está na dignidade da pessoa humana, que deve se projetar para além de valores locais, como já defendia Miguel Reale no século passado. Para o filósofo brasileiro, “a pessoa é o “valor-fonte” dos demais valores, aos quais serve de fundamento como categoria ontológica pré-estatal e supraconstitucional”³⁴.

As concepções transpersonalistas, típicas do liberalismo, não conseguem detectar a pessoa como valor-fonte da experiência ética. A pessoa passa a ser vista unicamente como uma peça de um gigantesco mecanismo que, para além das denominações, esconde sempre o mesmo “monstro frio”, seja ele a nação, a raça ou a classe.

O próprio dogma da inexistência de princípio político absoluto é posto em xeque em face da sua inutilidade perante a dignidade humana³⁵. Está mencionado, na inicialmente rechaçada, mas ainda possível Constituição Europeia - artigo I, 2º -, que o primeiro “valor” em que se estrutura o político é a dignidade humana, seguido da liberdade, da democracia, da igualdade e do respeito aos direitos individuais, inclusive em relação a pessoas pertencentes a minorias.

Assim, a dignidade da pessoa humana é um exemplo de valor eficaz a justificar e limitar o direito transnacional. A eficácia horizontal desse tipo de direito fundamental, a transcender a imposição de atitude negativa por parte de terceiros para preservação de direitos particulares de outros, indo à proatividade de sua proteção, legitima uma ordem jurídica global.

A legitimidade política, no plano transnacional, passa pela universalização da eficácia horizontal de direitos fundamentais mínimos como um conjunto axiológico a ser garantido para o bem do homem pela simples condição de humano.

34 REALE, Miguel. *Pluralismo e Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963.

35 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.

4 CONCLUSÃO

O déficit democrático no direito transnacional só existe quando focamos a atividade legislativa e jurisdicional sob o paradigma liberal burguês de democracia, em que a produção normativa é validada e se justifica no exercício ativo de direitos políticos atrelados à condição de nacional.

Mas o conceito de democracia difundido a partir das revoluções liberais, apesar de ser o mais defendido e praticado, não é hoje o único, existindo outras teorias de justificação que se mostram mais aplicáveis ao direito global descentralizado, ou seja, não produzido por instituições constitucionais do Estado-nação ou de instituições internacionais.

Não existe déficit democrático na produção normativa transnacional quando essa atividade é justificada na legitimidade distributiva de Weber, na legitimidade procedimental e sistêmica de Luhmann e na Legitimidade pela especialização das relações, como defendido por Teubner.

Num estágio mais pragmático e próximo da noção de mundialização, como faz Viellechner, o direito transnacional se justifica validamente na necessidade de otimização extraterritorial da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o que significa colocar a proteção das relações interindividuais em uma nova ordem de prioridade, acima das soberanias estatais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el estado del derecho y la democracia*. Madri: Trota, 2002.

BODANSKY, Daniel. The legitimacy of international governance: a coming challenge for international environmental law. *The American journal of international law*, v. 93, n. 03, jul. 1999, 596-624.

BODIN, Jean. *The six books of the Commonwealth*. Oxford: Basil Blackwell Oxford, 1955.

BOGDANDY, Armin Von; DELLAVALLE, Sergio. *Universalism and particularism as paradigm of international law*. Institute of international law and

justice of New York university school of law, Working Paper 2008/3, finalized at 07/02/2008.

CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do Poder Constituinte*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. *The imaginative forces of law*. Beijing: Chinese Journal of International Law, 2003.

_____. *Três desafios para um direito mundial*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha Ferraz. *O Poder Constituinte do estado-membro*. São Paulo: RT, 1979.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LYONS, Gene M; MASTADUNO, Michael. *Beyond Westphalia? state sovereignty and international intervention*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1995.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.

MAZIAU, Nicolas. *L'internationalisation du pouvoir constituant. essay de typologie: le point de vue heterodoxe du constitutionnaliste*. Paris: Revue Générale de Droit International, p. 549-579, 2002-3.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. São Paulo: Forense, 2002.

REALE, Miguel. *Pluralismo e Liberdade*. São Paulo. Saraiva, 1963.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. São Paulo: L&PM Pocket, 2007.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte burguesa* (Qu'est-ce que le tiers état?). Tradução de Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

TEUBNER, Gunther. *Societal constitutionalism: alternatives to state-centred constitutional theory*. in Storrs Lectures 2003/04, Yale Law School.

TOURAINÉ, Alain. Can we live together: equal and different?. In: *European Journal of Social Theory*, 1988, p. 165-178

TOURARD, Hélène. *L'internationalisation des constitutions nationales*. Paris: LGDJ, 2000.

VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional: alguns problemas de coerência sistêmica. Brasília, *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, ano 42, n. 167, jul./set. 2005, separata.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. São Paulo: Imprensa oficial, 2004

_____. *Direitos humanos e cidadania: à luz do direito internacional*. São Paulo: Minelli, 2007.