
O CONCEITO DE “HARMONIZAÇÃO” EM ORDENS JURÍDICAS TRANSNACIONAIS

*THE CONCEPT OF “HARMONIZATION”
IN TRANSNATIONAL LAW ORDERS*

*Paulo Antonio de Menezes Albuquerque
Procurador Federal – PF/Universidade Federal do Ceará (UFC)
Doutor em Direito pela Westfälische Wilhelms-Universität Münster
Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da Legislação Codificizante à “Era das Diretrizes”, 2 A Reconfiguração das Estruturas de Constitucionalidade em Ordens Jurídicas Transnacionais; 3 Conclusão: o Direito Transnacional e as Aporias da Harmonização; Referências.

RESUMO: A busca de uniformização e sistematização no direito europeu surge a partir de heranças históricas comuns, continuamente renovadas em sua configuração interna (dogmática, teoria) e externa (relações de territorialidade). A expansão global desse processo tornou o direito europeu um modelo de referência para a compreensão do surgimento de formas multi-cêntricas de produção normativa, por intermédio de novas estruturas e funcionalidades (transconstitucionalização) e ambiências socio-políticas (transnacionalidade) altamente complexas e de vasto potencial conflitivo. O texto busca delinear a lógica sistêmica inerente a tais relações, analisando as dicotomias e contradições envolvidas na modificação das relações tradicionais entre ordens privada e pública, assim como na “negociação” redefinidora de competências entre os diversos “centros” de produção jurídica (local, nacional, comunitária etc).

PALAVRAS-CHAVE: Sistematização no Direito Europeu. Transconstitucionalismo. Ordens Jurídicas Transnacionais.

ABSTRACT: The search for uniformization and sistematization in European Law emerges from common and continuously renewed historical heritages, so as there are seen in internal (dogmatics, theory) as well as in internal (territorial relations) configurations. The global expansion of that process turned European law a reference model in order to understand the multi-central forms of normative production, by means of which new structure and functionalities (transconstitutionalization) and social-political milieus (trannatinality) of vast conflictive potentiality appear. The text searches to draw out the systemic logic which indo such relations, analyzing dichotomies involved in the modification of traditional relations between public and private orders, as well as in the redefining “negotiation” of competences among the several juridical production “centers” (local, national, communal etc).

KEYWORDS: Systematization in European Law. Transconstitutiona-lism. Transnational Law Orders.

INTRODUÇÃO

As tradições jurídicas de matriz europeia ocidental apresentam em sua trajetória histórica de formação e desenvolvimento uma série notável de estruturas em comum, a par de condicionantes e peculiaridades locais, conjunto que se reflete não somente no âmbito da política legislativa, da doutrina e da técnica de aplicação, mas também de forma peculiar no modo como serão explicadas e condensadas hermeneuticamente por seus protagonistas (teoria jurídica). Clássico exemplo desse processo são as variações do “paradigma” jusnaturalista, onde a busca de unidade reflexiva do direito andou passo a passo com projetos legiferantes ciclicamente alternantes entre o discurso de “ordem” e o de “revolução”, de acordo com as disputas de grupos e classes sociais pelo poder. Mas também as correntes do direito positivo em marcha de codificação refletiram, a seu tempo, uma polarização de sentido semelhante¹, abrigadas por elaborações jurídicas nacionais que surgiam com a pretensão de proceder a uma sistematização jurídica hegemônica, demarcando limites de ordens jurídicas “concorrentes”.

A busca de unidade e uniformização jurídicas toma novo corpo na época moderna, quando desponta a ideia de unidade orgânica do *ordenamento jurídico* como um conjunto de normas e diretrizes de aplicação do direito com natureza específica em relação a modos de manifestação normativa até então dominantes (moralidade, religião, direito das corporações etc), superando assim a concepção medieval de criação e manutenção de uma “ordem natural das coisas” e de sua correspondente multiplicidade de ordens jurídicas locais, sobrepostas de forma anárquica umas às outras. É nesse contexto que se consolida juridicamente a concepção internacionalista (já iniciada pelos autores do jusnaturalismo), pela qual os direitos nacionais projetar-se-iam no plano externo, a justificar a expansão do poder, seja espiritual-terreno (igreja), seja dos titulares com pretensão de soberania sobre territórios nacionais em formação.

Em tal contexto a matriz jusnaturalista revela-se metodologicamente inadequada, devido à ausência de formas organizacionais capazes de expressar uma unidade funcional de aplicação do direito, tendendo a buscar sua legitimação por meio de fórmulas solipsistas que remetem à existência prévia de um direito positivo (como bem viu a crítica kelsenia-

¹ Ou “dicotomização” em expressão epistemológica mais abrangente. Ver LLOMPART, José. *Dichotomisierung in der Theorie und Philosophie des Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

na) ou a uma moralidade particularista, altamente suscetível à manipulação política (de que serve de exemplo extremo no século XX o nazismo e sua doutrina do “Lebensraum”). Daí que o discurso jusnaturalista revisita-se frequentemente de um viés “negativista” diante de um mundo “impuro”, impossibilitador das “verdadeiras essências”, embora tenha tido o potencial de despertar para a possibilidade de construções comuns, relações normativas de hierarquização/escalonamento e sistematização das ordens jurídicas – herança esta que certamente estará presente na análise de Kelsen sobre as relações de continuidade entre direito nacional e direito internacional, como lembra BRUNKHORST.²

É somente a partir do momento que o Estado moderno alcança sua consolidação por meio de estruturas burocráticas especializadas, centralizadas e articuladas entre si, tendo como referencia de criação e regulação normativas um conjunto de profissões jurídicas institucionalizadas como parte da resolução oficial de conflitos, que se pode falar propriamente de ordenamentos jurídicos nacionais. A própria concepção de ordenamento jurídico afirma-se justamente pelo uso de formas jurídicas do direito romano-germânico “renascido”, a legitimar a busca de um suposto “espírito nacional” ou mesmo do culto do Estado como nova “religião civil”.³ Consolida-se, paralelamente, a reflexão jurídica como parte integrante da prática de interpretação e aplicação, já que – em que pese a permanência inafastável da retórica na argumentação jurídica e o fato de ser a teoria fator significativo de “inflacionamento” cognitivo, fator que dificulta o reconhecimento de “paradigmas” jurídicos claramente distintos no tempo e no espaço – dispõe a teoria dos recursos inerentes a um patamar contrastante de observação, o que virá ao encontro do suprimento de “lacunas” como também à progressiva necessidade de regulação constitucional ampla das relações sociais e do planejamento programático da ação estatal, típicas do renovado modelo liberal de “estado de direito”. Esse processo atingirá ao paroxismo com o incremento da sociedade mundial na modernidade mais recente, estabelecendo interterritorialidades e formas mistas de

2 BRUNKHORST, Hauke. Constitutionalism and Democracy in the World Society, in: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (ed.). *The Twilight of constitutionalism?* Oxford, University Press, p.179-199, 2010.

3 Curiosamente tal processo ocorre paralelamente a uma “despolitização” das atividades jurídicas profissionais, referida por TARELLO, assim como uma destruição dos corpos sociais intermediários entre indivíduo e Estado. Ver TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna, Il Mulino, p.16- 27, 1976.

regulação jurídica em diversos planos: local, nacional, internacional e transnacional.⁴

O presente trabalho pretende empreender o reconhecimento teórico das lógicas envolvidas em tais processos mutuamente referentes de variação e busca de uniformização do direito, localizando-os na relativa desterritorialização frente ao formato estatal tradicional, fenômeno responsável pela tendência a formação de ordens jurídicas “transnacionais”, aqui examinadas pela perspectiva do fio condutor regulatório de uma “transconstitucionalidade” no direito contemporâneo.⁵ Trata-se portanto de examinar a experiência da construção de diretrizes e bases conceituais comuns (“harmonização”), desafiada pela constatação de um inter cruzamento complexo de direitos nacionais e “territorialidades” – tendo-se em mente de modo especial a União Européia, embora tais fenômenos não deixem de ocorrer, ainda que em menor grau de intensidade, também em outras ordens.

Busca-se entender, assim, com base na experiência histórica passada, como as classificações tradicionais da dicotomia público/privado e direito interno/direito estrangeiro vêm modificando-se, integrando diversos modos de “acoplamento operacional” do sistema jurídico a formas autônomas de produção da vida social (meios de comunicação, economia e política etc), sem que sejam dissolvidas diferenças identitárias próprios do sistema jurídico nem deixem de existir resistências, disputas e ambiguidades. Como é trivial reconhecer, situações complexas exigem grau semelhante de elaboração explicativa, notadamente quando se considera no caso os problemas multifacetários de integração normativa envolvidos, em escala local, regional, nacional, internacional e mesmo supranacional. Para tanto buscar-se-á reconhecer os contornos territoriais/temporais de aplicação do direito na atual fase de expansão global, de modo a traçar limites do que se poderia ser denominado de “compreensão pedagogicamente adequada” às condições de sua “harmonização”. Trata-se de reconhecer a existência mutuamente condicionante de contingências, contradições e conflitos, mas também de novas possibilidades de criação do direito, a desafiarem os modelos tradicionais de explicação.

4 KRAWIETZ fundiu expressivamente o termo “glocal” para designar essas múltiplas intercessões. Cf. KRAWIETZ, Werner. *Glokalisierung der Rechtskommunikation?* Zum Globalisierungsdiskurs in der modernen Rechts- und Gemeinschaftstheorie (Editorial), in: *Rechtstheorie*, Berlin, Heft 35, p.XVII-XXI, 2004.

5 NEVES, Marcelo: *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

1 DA LEGISLAÇÃO CODIFICIZANTE À “ERA DAS DIRETRIZES”

A antiga metáfora grega de que a história do mundo seria um “eterno retorno” mostra-se também no campo da ciência do direito ilustrativa de que não há invenção capaz de ostentar plena originalidade. Assim é que mesmo as codificações modernas dos séculos XVIII/XIX - como fruto de um empreendimento de centralização administrativa e busca de coerência interpretativa na criação monopolizada estatal do direito - espelham-se na tradição romana e em sua posterior reelaboração medieval, na busca de unidade do direito normado como fórmula de racionalidade do que antes fora uma concepção medieval tomasiana acerca de uma ordem global, sustentada com base no afeto entre as criaturas:

Esta ideia de uma ordem global, auto-sustida por impulsos naturais e plurais constitui a chave para entender o lugar do direito nos mecanismos de regulação do mundo. Explica, desde logo, a proximidade e estreita relação entre mecanismos disciplinares que hoje são vistos como muito distantes (direito, religião, amor e amizade).⁶

Especial símbolo dessa busca de uniformização normativa do direito representa na antiguidade o empreendimento codificador de Justiniano, no auge do Império Romano do Oriente, ao enfrentar a condensação de fontes e elaborações conceituais diversas. A iniciativa envolveu, como recorda SCHIAVONE ⁷ o recurso a simplificações ou fusões forçadas de textos antigos, com uso de supressões, fusões ou reescrita de trechos inteiros, forma casuística de apropriação da obras de doutrinadores romanos antigos (as chamadas *iura*) já não mais compreendidos ou compreendidos apenas parcialmente, resultando em “enxertos” a mando do autocrático imperador. Dá-se assim uma dissociação hermenêutica no direito justinianeu, moldado originalmente no ocidente mas aplicado em um contexto oriental de influência grega, onde na realidade veio a fracassar.⁸

6 HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia*. Síntese de um milênio. Florianópolis, Fundação Boiteux, p.162, 2005.

7 SCHIAVONE, Aldo. Ius. *La invención del derecho em Occidente*. Córdoba: Ariana Hidalgo, p.22-23, 2009.

8 HESPANHA (op.cit., p.142-143), por sua vez, recorda a existência anterior de imitação da tradição codificadora romana mesmo entre os chamados povos bárbaros, quando o direito costumeiro destes chega a ser compilado nas denominadas *leges barbaorum*. Este reconhecimento à produção de direitos locais

O longo e prolífico interregno em que ocorre o “renascimento medieval do direito romano” a partir do século XI ⁹ dá continuidade a essa tradição por outros meios, convivendo com uma diversidade de ordenamentos locais, corporações, *universitas*, comunidades e até mesmo ordenamentos familiares, ao tempo em que manteve o direito romano como linguagem comum. Daí que a consolidação do monopólio jurídico real vá se processar estrategicamente pela interação seletiva com as chamadas “leis da terra”, pelas quais a construção de sua (dele, rei) hegemonia absorverá, reconhecerá ou “tolerará” as leis seletivamente “sobreviventes”. Estas serão “cooptadas” ou simplesmente postas à parte, formando direitos “alternativos” aos quais será negado progressivamente validade, em franca oposição, sobreposição ou concorrência em relação ao direito oficial (como se dá precocemente em Portugal (século XIV), por exemplo, em relação ao direito canônico, submetido ao instituto do “beneplácito real” como condição de validade).

Essa herança européia, ainda que filtrada por diferentes escolas de interpretação do direito e polêmicas acerca da sistematização e hierarquização normativas, desemboca na era contemporânea no paradigma codificador napoleônico, estabelecido após a derrocada da Revolução Francesa¹⁰ e a promulgação em 1804 do código civil, seguido pelos códigos de processo civil (1806); comercial (1807), penal (1810) etc (os quais já constavam anteriormente como projetos de consolidação revolucionária por parte da Assembléia Nacional). Dá-se aqui um processo de unificação e sistematização do direito como integrante de um projeto de reorganização social, política e econômica, dando voz e corpo à nascente sociedade industrial, justificando-se como expressão racional mais elevada, possível de extensão universal às mais diferentes tradições jurídicas. Salta aos olhos, portanto, que tal constante expansão e atualização só poderia ser possível graças a uma atividade de uma jurisprudência interpretativa criadora e autônoma, ao contrário do propagado por uma imagem estereotipada da “escola da exegese”.

será então oficializado no Dígesto, parte mais autenticamente “romana” das Institutiones de Justiniano, no trecho da “lei” omnes populi (D.1,1,9).

9 SIPERMAN, Arnoldo. *La ley romana y el mundo moderno*. Juristas, científicos y una historia de la verdad. Buenos Aires: Biblos, 2008. p. 98.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, p.98, 1976.

10 HESPANHA (op.cit., p.373) chama a atenção para a dualidade, existente no direito contemporâneo, da busca de legitimidade por dois “paradigmas” concorrentes: o dos “políticos” (representantes populares) e o dos “técnicos” do direito, sucedendo-se ora um ora outro na redação das constituições e mobilização de influência.

Somente uma postura ativa desse tipo é que teria possibilitado a manutenção praticamente intocada do *Code Civile* por mais de 200 anos.¹¹

Se de um lado o modelo francês destaca a existência de um corpo administrativo como expressão da autonomia nacional configurada no estado, a herança pandectística que levará à criação do BGB alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*) em 1900 buscará compensar a unidade nacional até então precária por meio do resgate de um “espírito nacional” ou “espírito do povo”, capaz de sintetizar as tradições do direito romano-germânico com o vetor político de superar em pouco tempo antigas mazelas de territórios dispersos e conflitantes. Como metodologia deixará como herança a busca de “matematização” da aplicação do direito e da construção de “árvores conceituais” pelas quais será monitorada a atividade do intérprete.

Nesse percurso do direito europeu surgem diversas matrizes de práticas interpretativas que se consolidam no âmbito do direito privado e do direito público: *lex mercatoria*; *rule of law*; *Rechtsstaat* etc. Como mecanismos de condensação de uma lógica normativa própria do Estado ou concorrente/marginal a ele (como ocorre com a *lex mercatoria* dos grandes conglomerados empresariais e financeiros) expressam diferentes modos de justificação de decisões, verificando-se nítida tendência de subversão aos limites tradicionais de um direito sujeito a um vago “sentimento jurídico” para sua determinação. Tanto mais que fica evidente a esta altura que se no direito privado direitos diferentes tem de conviver com a questão da competitividade e eficiência produtiva como limite, do ponto de visto do direito publico trata-se de preservar direitos e garantias individuais e coletivas, concretamente ameaçadas por formas singulares de arbítrio. Evidentemente portanto que a ordem privada e ordem publica não estão perfeitamente separadas uma da outra, na medida em que, v.g., a ordem privada pode utilizar-se da regulamentação publica para estender vantagens comparativas ou mesmo as prerrogativas de “easy rider” no mercado.

11 HESPANHA, (op.cit., p 381). Em que pese tentativas voluntaristas de importar o pensamento francês, até a edição do Código Civil de 1916 perdurará no Brasil a influência ibérica das ordenações, reunião de normas de vasta abrangência e técnica indeterminada, a que não faltavam a presença de institutos medievais e procedimentos processuais redundantes, aplicados por representantes do poder central. Tal controle cartorial-burocrático torna o direito privado um “encapsulado” do direito público, desprovido de qualquer referencia jurídica prática de constitucionalidade (ou mesmo de funcionalidade legal, dada a existência de uma ambiência social de cunho fortemente particularista).

Na ambiência comunitária instaurada com a União Europeia em processo de construção iniciada desde o fim da segunda guerra mundial, cada um dos direitos nacionais tem em comum com outros ordenamentos a perspectiva de buscar instrumentos de aplicação normativa que ao mesmo tempo potencializem os benefícios das decisões comuns vinculantes e permitam dissentir quando for necessário. Tal dissensão poderá mesmo atingir o nível de competição aberta ou concorrência entre diversas regulamentações. Assim é que recentes decisões da Corte Constitucional alemã quanto aos limites de adaptabilidade em relação às decisões do Tribunal de Justiça deixam à mostra o relativamente amplo espaço de rejeição de que dispõe o direito nacional.¹²

Diretrizes vistas como modelos gerais de normatização funcionam nesse contexto como “pontes” de passagem e “negociação” entre o direito nacional e o direito comunitário, criando espaços de atuação entre a competência da autoridade comunitária e o espaço interpretativo reservado à autoridade nacional, encarregada do modo concreto de sua aplicação. Tal processo só poderá ser racionalmente compreendido, no entanto, se confrontado com as formas determinantes de sobreposição e concorrência mútua de constitucionalidade que vão se delineando não somente no plano do direito europeu, mas no direito global como um todo.

2 A RECONFIGURAÇÃO DAS ESTRUTURAS DE CONSTITUCIONALIDADE EM ORDENS JURÍDICAS TRANSNACIONAIS

A tentativa de transpor para o plano internacional estruturas consolidadas historicamente no ordenamento político-jurídico nacional conduz necessariamente a frustrações. Embora abriguem por vezes intenções de projetos iluministas/libertários, não são tais projetos suficientes, só por esse motivo, para entender e explicar os movimentos contraditórios da realidade. Assim é que se há de partir da inexistência de alguns equivalentes: não existe um “Estado” mundial, pela simples razão de ser a política mundial um mosaico de forças de grande potencial de dispersividade, nem existem nela fatores de contrapeso para instituir uma regular participação, típica de esfera pública. Por razões semelhantes, mas apresentando grau deficitário menor, uma “constituição global” não se deixa reconhecer funcionalmente, em que pese a existência de algumas estruturas constitucionais comuns, partilhadas pelos estados nacionais.

12 MADURO, Miguel Polares. *A constituição plural*. Constitucionalismo e União Européia. Cascais: Principia, 2006.

De outro lado, a par da continuado uso - aberto ou velado - da força como recurso de persuasão no plano da geopolítica internacional e apesar dos riscos de manipulação do direito por poderosos interesses econômicas, não se pode deixar de reconhecer o que parece ser uma lenta consolidação de mecanismos de composição, delegação de competências e resolução de conflitos, envolvendo comissões, parlamentos, órgãos administrativos e tribunais comunitários e internacionais, correspondendo a uma estrutura de controle de constitucionalidade (relação poder e direito como mutuamente referentes) articulada em diversos níveis (local, nacional, internacional e supranacional)¹³, sem que haja um “único” centro único de produção jurídico-constitucional.

Tais mecanismos convivem, paralelamente, com uma incipiente sociedade civil global, dispersa em grupos de interesse e comunidades, exurgindo daí um vasto potencial de combinações de regulações jurídicas nacionais sem hierarquias rigidamente fixadas, assim como de regulações híbridas entre o “público” e o “privado”, bem como entre o “nacional”, o “internacional” e o “supranacional”, abrindo possibilidades antes imagináveis (pense-se, por exemplo, no até então inédito episódio da detenção do ditador Pinochet na Inglaterra, por ordem do juiz espanhol Baltasar Garzón, em outubro de 1998).

NEVES traduz tal processo como o estabelecimento de uma “razão transversal”, pela qual as diversas ordens jurídicas internacional, nacional, comunitário e de supranacional interagem entre si, estabelecendo uma “transconstitucionalidade”.¹⁴ Trata-se, nas palavras do autor, de reconhecer um espaço de “intercâmbio de aprendizagens e experiências” entre as diferentes racionalidades particulares, como por exemplo a do direito e a da política.¹⁵ Há porém condicionantes prévios para esse campo de possibilidades, que dizem respeito à estabilização de uma igualdade jurídica e democracia política, como condições minimamente capazes de permitir uma interação enriquecedora entre as instancias da constitucionais e outros modos de regulação autônoma da vida social; deste modo só

13 NEVES, op. cit.

14 Tomando em conta as considerações efetuadas pelo autor, pode-se concluir que se o transconstitucionalismo constitui o modo de operar desse novo direito, em processo de “conversação” de ordens jurídicas diferentes, a transnacionalidade representa a tendência de sua progressiva desterritorialização, desvinculando-o do estado nacional, tornando o próprio conceito de soberania como fruto de uma “negociação”.

15 NEVES, op. cit, p. 82.

se pode falar de transconstitucionalidade a partir do momento em que mecanismos de garantias individuais, instituições centralizadas e integradoras da aplicação normativa bem como a possibilidade eficaz de atuação de opinião pública crítica e atuante, capaz de produzir dissenso democrático, estejam presentes.

Tomando-se como exemplo de visualização o cenário europeu, vê-se que esse mesmo espaço de transconstitucionalidade faz com que diversos países possam continuar a dispor de suas ordens jurídicas nacionais para condicionar a integração ¹⁶ de decisões da ordem comunitária europeia, o que tem o potencial de tornar a “constituição” europeia um eterno ponto de disputa, gerando, nas palavras de MADURO¹⁷ uma espécie de constitucionalismo “acanhado” ou “defensivo”. Especialmente relevantes serão as formas particulares em que assumirá feição a discricionariedade judicial no espaço comum europeu, como nota o autor a respeito das decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (TJCE) frente às da Comissão Européia (CE):

Uma forma de discricionariedade judicial é aquilo que poderíamos chamar de ‘input selectivo’. Ao contrário dos Estados Unidos, o Tribunal de Justiça não dispõe da prerrogativa de decidir quais os casos que pretende julgar. No entanto, pode determinar sua agenda de outras maneiras [...] “colaboração” com a Comissão [...] pode determinar, para efeito do Artigo 234º, se certo órgão de um Estado-membro tem ou não natureza jurisdicional; pode interpretar com uma ampla margem de apreciação as questões que lhe são colocadas pelos tribunais dos Estados-membros; e pode definir a fronteira que separa a interpretação de uma norma [...] da decisão de um caso (que lhe é vedada no contexto do processo de reenvio). Um bom exemplo disto é o conceito de situações puramente internas’ desenvolvido pelo Tribunal [...]. Isto reduz o âmbito de aplicação do direito comunitário e limita o efeito desregulamentador das decisões do Tribunal. Uma última forma de discricionariedade diz respeito às consequências dos acórdãos do Tribunal (*output* selectivo), designadamente pela

16 Como observa NEVES (op.cit) não cabe aqui falar mais de mera “recepção” de inovações pelo direito interno.

17 MADURO, op. cit, p.345.

margem de discricionariedade deixada aos tribunais nacionais na aplicação do direito comunitário.¹⁸

A omissão da Corte Constitucional Européia quanto a imiscuir-se intimamente em tais procedimentos de “harmonização” não se dá portanto por acaso; corresponde a uma característica que se pode dizer comum aos tribunais de maneira geral, os quais dispõem de um “tempo” diferenciado de integração normativa, permitindo-lhes atuar de modo a aparar ou “filtrar” as arestas existentes entre mecanismos de política, administração, economia e direito, utilizando da alternância entre “técnica” e “ciência” para legitimar o resultado de suas interpretações.¹⁹ Assim é que, como nota NEVES,²⁰ a citação recíproca dos tribunais parece ocorrer de forma seletiva, de modo a conferir legitimidade a suas próprias decisões – e não de modo a confirmar o que poderia tradicionalmente ser visto como precedente ou mera *obiter dicta*. Traz-se assim para “dentro” do direito nacional elementos de um direito “externo”.

Por fim vale não esquecer os elementos políticos e econômicos contraditórios que envolvem qualquer processo condicionador de “harmonização” do direito. Como destaca BRUNKHORST,²¹ a observação da extensão aparentemente global de determinadas conquistas de direitos pode perfeitamente esconder ao mesmo tempo formas renovadas de exclusão, não percebidas pela consciência de classe dos viajantes contumazes.²² No mesmo sentido é que direitos defendidos como extensíveis a toda a comunidade humana foram muitas vezes na história (com Hegel, por exemplo) considerados passíveis de restrição em nome de interesses “maiores” das “especiais relações de forças” do Estado, de modo que a aplicação daqueles era negada ou postergada na prática (o que pode ser comparado atualmente com a retórica em

18 MADURO, op. cit., p. 73.

19 ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. *Funktionen und Struktur der Rechtsprechung im demokratischen Rechtsstaat in normen- und systemtheoretischer Perspektive*. Berlin: Dunker & Humblot, 2001.

20 NEVES, op. cit., p.119.

21 BRUNKHORST, Hauke. Constitutionalism and Democracy in the World Society, in: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (ed.). *The Twilight of constitutionalism?* Oxford, University Press, p.179-199, 2010.

22 Como refere o autor fazendo remissão a BERMAN, subjaz ao direito ocidental uma característica de dualidade, que ora o faz atuar como instrumento social de repressão e estabilização de expectativas, ora como meio de emancipação. Ver a respeito BERMAN, Harold J.: *Recht und Revolution*. 2. Aufl. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.

torno dos direitos humanos, por exemplo, capaz de servir a justificações políticas absolutamente contraditórias entre si).²³

Portanto a transnacionalização do direito, vista como tendência histórica *in fieri* de (re)organização territorial de sua produção, não é capaz por si só, sem apoio de uma estrutura de constitucionalidade, determinar qualquer critério consistente de uniformização normativa ou reflexão teórica que a guie, pela precariedade mesma de sua apropriação por indivíduos e comunidades, sendo difícil imaginar até o presente momento qualquer forma de integração social sem a existência de vínculos locais – pelo contrário: estes são condição mesma de fazer-se parte da sociedade mundial, até mesmo pelo fato do ser humano ver-se por um corpo limitado no espaço, como lembra PRIES.²⁴ Daí que ordens jurídicas transnacionais “puras” (sem base territorial definida) tendam a apropriar-se de forma parasitária das estruturas jurídicas e dos recursos existentes, necessitando de contenções políticas adequadas a sua expressão não destrutiva (como no caso do terrorismo, por exemplo). Não será certamente a ultima vez na historia, portanto, em que validade e facticidade; domínio/emancipação defrontar-se-ão nas lides de busca de coerência normativa de interpretação do direito, seja da parte de “juristas-técnicos” como de “políticos-leigos”.

3 CONCLUSÃO: O DIREITO TRANSNACIONAL E AS APORIAS DA HARMONIZAÇÃO

A tese adotada desde o início deste trabalho é que não se pode falar de nenhuma técnica ou processo de uniformização do direito desprovidos de opções valorativas e concepções explicativas acerca do própria atividade, nem muito menos separar a esta das estruturas sociais, espaciais e temporais em que ocorre. Espera-se com isto ter demonstrado, pelo recurso à origem histórica de tais praticas no direito europeu, que a par de uma racionalidade técnico-instrumental e do desenvolvimento de um poderoso arsenal dogmático, a progressiva expansão do centralismo para o multi-centralismo jurídico e político tornou tal controle uma tarefa muito mais complexa e seletiva.

²³ Do ponto de vista econômico da transnacionalização PRIES cita ao lado da globalização de correntes de mercadorias, finanças e informação também novos riscos ambientais, de saúde e violência. Cf. PRIES, Ludiger. Die Transnationalisierung der sozialen Welt. Frankfurt am Main, Suhrkamp, p.209, 2008.

²⁴ PRIES, op. cit.

Nesse percurso a dicotomia entre o surgimento de múltiplas “constituições civis” ²⁵ e a estrutura decisória constitucional precária de alguns estados no plano internacional faz com que só se possa falar de uma nascentes tradição jurídica transnacional em sentido limitado, pelo que a experiência européia apresenta relevância especial. Por outro lado, no plano da concepção teórica da ciência do direito convivem diferentes linhas e perspectivas de ação, capazes de promover tanto a ampliação de liberdades e garantias como também de novas ameaças a sua realização. Pensa-se aqui particularmente na nova ordem jurídica privada estalecida nas varias “constituições civis” da sociedade mundial, para quais a ausência de uma devida restrição constitucional multicêntrica do transconstitucionalismo pode ter efeitos negativos decisivos, notadamente quando se pensa na administração dos efeitos da crise sócio-ambiental.

Como destaca MADURO²⁶ ao analisar a constituição econômica europeia, esta tenderá a ser fruto das diferentes forças que atuam na representação política em confronto com as que participam dos processos judiciais. Neste sentido é de reconhecer-se a existência de diferentes linhas de ação em que avultam uma desproporção entre super-representação de interesses corporativos e de conglomerados financeiros organizados, de um lado, em comparação com as formas dispersas e de relativa baixa integração da participação democrática no controle das decisões, de outro. Este patamar de expansão democrática, como recorda NEVES ²⁷ exigirá que a legitimação por “input” (procedimentos encadeados de decisão, vinculando instâncias administrativas e políticas) ande passo a passo com a legitimação por “output” (adequação social da política, possibilitando a convivência dos diferentes).

²⁵ TEUBER, Günther. *Nuovi conflitti costituzionali*. Milano, Bruno Mondadori, 2012.

²⁶ Op. cit., p.71.

²⁷ Op.cit., p. 71.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. *Funktionen und Struktur der Rechtsprechung im demokratischen Rechtsstaat in normen- und systemtheoretischer Perspektive*. Berlin: Dunker & Humblot, 2001.

BERMAN, Harold J. *Recht und Revolution*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

BRUNKHORST, Hauke. Constitutionalism and Democracy in the World Society, in: DOBNER, Petra: LOUGHLIN, Martin (ed.). *The Twilight of constitutionalism?* Oxford: University Press, 2010.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia*. Síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

KRAWIETZ, Werner. *Glokalisierung der Rechtskommunikation?* Zum Globalisierungsdiskurs in der modernen Rechts- und Gemeinschaftstheorie (Editorial), in: Rechtstheorie, Berlin: Heft 35, 2004.

LLOMPART, José. Dichotomisierung in der Theorie und Philosophie des Rechts. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

MADURO, Miguel Polares. *A constituição plural*. Constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Principia, 2006.

NEVES, Marcelo: *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PRIES, Ludiger. *Die Transnationalisierung der sozialen Welt*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008.

SCHIAVONE, Aldo. *Ius*. La invención del derecho em Occidente. Córdoba: Ariana Hidalgo Editora, 2009.

SIPERMAN, Arnoldo. *La ley romana y el mundo moderno*. Juristas, científicos y uma historia de la verdad. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2008.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976.

TEUBNER, Günther. *Nuovi conflitti costituzionali*. Milano: Bruno Mondadori, 2012.

