

# Teorias do constitucionalismo e da legitimidade democrática no contexto pós-nacional

*Postnational constitutionalism and democratic legitimacy theories*

**Maurício Pedroso Flores**<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Professor de direito no Centro Universitário do Vale do Araguaia (Univar).

## RESUMO

Regimes jurídicos e instâncias decisórias situados para além das fronteiras dos Estados nacionais têm sido cada vez mais responsáveis pela produção do direito. Esse contexto pós-nacional suscita importantes discussões teóricas sobre que tipo de legitimidade pode ser alcançada por um direito que não é nem estatal e nem internacional público. Partindo da ideia de que há um importante legado jurídico e político inscrito na modernidade, diversos teóricos têm procurado compreender as novas dinâmicas transnacionais em termos de democracia e constitucionalismo. O objetivo deste artigo é apresentar alguns dos esforços teóricos que buscam readequar esses conceitos à nova realidade do direito transnacional. Na primeira parte, traça um breve panorama sobre o atual cenário de multinormatividade experimentado com mais vigor nas últimas décadas. A segunda e a terceira parte procuram apresentar algumas das teorias presentes no debate sobre legitimidade democrática e constitucionalismo transnacional, respectivamente. Por fim, a última parte lança algumas observações sobre as dificuldades – mas também a importância – de se conciliar os dois conceitos.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo; Legitimidade democrática; Multinormatividade. Transnacionalização do Direito.

## ABSTRACT

Legal regimes and instances of decision-making situated beyond the borders of national states have been increasingly responsible for producing law. This postnational context raises important theoretical discussions about what kind of legitimacy can be achieved by a law that is neither state-based nor public international law. Restating the idea that there is an important legal and political legacy left by modernity, several theorists have sought to understand the new transnational dynamics in terms of democracy and constitutionalism. The purpose of this paper is to present some of the theoretical efforts that seek to readjust these concepts to the new reality of transnational law. First part presents a brief overview of the current scenario of multinormativity experienced most vigorously in the past few decades. Second and third parts seek to expose some of the theories present in the debate on democratic legitimacy and transnational constitutionalism, respectively. Finally, last part launch some remarks about the difficulties – but also the importance – of reconciling the two concepts.

**Keywords:** Constitutionalism. Democratic Legitimacy; Multinormativity; Transnationalization of Law.

## 1 INTRODUÇÃO

Instâncias decisórias situadas para além das fronteiras dos Estados nacionais têm sido cada vez mais responsáveis pela produção do direito em setores importantes da vida social, como a economia, o ciberespaço, a ciência, o mundo do trabalho e os meios de comunicação e de transporte. Esse movimento de transnacionalização é acompanhado de perto por teóricos e sociólogos do direito há pelo menos três décadas, mas o crescimento das interações entre ordens normativas transnacionais nos últimos anos transformou as discussões sobre o cenário jurídico pós-estatal em um tema definitivamente central.

Essas novas instâncias normativas não podem ser mais explicadas somente por meio do instrumental teórico tradicionalmente utilizado para compreender o direito estatal ou o direito internacional público. Os novos fenômenos jurídicos pós-nacionais ou transnacionais exigem reflexões teóricas próprias. No entanto, dado seu ineditismo em muitos aspectos, é natural que eles sejam avaliados com base em antigos parâmetros.

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.

Como resultado, 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. Conforme a bibliografia produzida nos últimos anos tem sugerido, 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. A alternativa que emerge como potencialmente mais efetiva é a que propõe o desenvolvimento de regras, processos e instituições no espaço transnacional.

Porém, logo aparecem os questionamentos: 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 teorias presentes nos debates sobre constitucionalismo e legitimidade democrática transnacional.

O primeiro capítulo traça um breve panorama sobre o atual cenário de multinormatividade, esclarecendo de que forma o direito assume um papel recursivo fundamental para interações transnacionais em diferentes áreas. Dado que as dinâmicas dessas relações jurídicas não estatais têm impacto cada vez maior no cotidiano de milhões de indivíduos, cresce também a preocupação em relação à legitimidade das novas formas de governança que emergem com a globalização.

Na segunda parte, apresenta algumas das formas teóricas de enfrentar essa preocupação sob o ponto de vista democrático. Na busca por uma maior legitimidade democrática transnacional, percebe-se um misto de apreço por teorias normativas e de incentivo a experiências inovadoras, além de *insights* sobre o possível papel de uma sociedade civil transnacional.

Por outro lado, a terceira parte enfatiza as concepções que se apoiam na revisão do conceito moderno de constitucionalismo para dar conta do cenário transnacional de interações jurídicas. Defensores de um constitucionalismo transnacional desafiam céticos ao postularem que essas interações vão além – ou ao menos possuem o potencial de ir além – da mera juridificação. Especial destaque é concedido ao diagnóstico de Gunther Teubner e sua teoria do constitucionalismo social.

Na parte final, são esboçadas algumas observações sobre o futuro da relação entre constitucionalismo e democracia no contexto pós-estatal, a partir do potencial de análise e diagnóstico da Teoria Crítica de William Scheuerman e da própria revisão que Teubner faz de seu constitucionalismo, dando mais ênfase à questão da participação democrática.

## **2 O CENÁRIO MULTINORMATIVO CONTEMPORÂNEO**

De forma a situar as discussões contemporâneas sobre ordens ou regimes jurídicos transnacionais, é preciso primeiro lembrar a importância de trabalhos pioneiros escritos por uma série de autores identificados como “pluralistas jurídicos”, sobretudo na década de oitenta. Embora o termo “pluralismo jurídico” encontre importantes variações

conforme a perspectiva adotada, fazemos referência aqui à tradição representada especialmente por Marc Galanter (1981), Sally Engle Merry (1988) e John Griffiths (1986), que deram importantes passos para que a associação corriqueira entre direito e Estado fosse revista em prol do reconhecimento de múltiplos centros de criação jurídica na sociedade. Nesse mesmo sentido aparece a obra do jurista norte-americano Robert Cover (1983, 1986) que, apesar de não ter se autoprotelado como um pluralista, oferece uma visão semelhante sobre o direito, que inclusive vem sendo recuperada no tratamento de questões relativas aos regimes transnacionais por autores como Berman (2007), Benhabib (2006) e Dunoff (2007).

Nas últimas décadas, uma nova geração de pluralistas jurídicos deu continuidade aos trabalhos precursores, mas agora incorporando os novos desafios trazidos pelo acelerado processo de transnacionalização do direito. Graças a esses trabalhos, foi possível compreender que tanto a origem como as possíveis soluções para uma série de ameaças econômicas, políticas, sociais e ecológicas remetem hoje a espaços de regulação que transcendem as fronteiras e os sistemas políticos nacionais. Autores como Twining (2009), Berman (2007), Tamanaha (2008; 2017) e Teubner (2016) têm mostrado, cada um a seu modo, a necessidade de se renovar o objeto de estudo da teoria do direito com base em diagnósticos sobre os novos fenômenos jurídicos transnacionais.

As evidências empíricas parecem hoje largamente a favor de precursores como John Griffiths (1986, p. 3), 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” comumente identificadas com o direito liberal dos Estados modernos. O arquétipo desse centralismo pode ser encontrado em John Austin (1995 [1832]), que negava até mesmo ao direito internacional o caráter de direito. Mesmo no século XX, fenômenos jurídicos para além do Estado-nação foram vistos com desconfiança por alguns autores com base na ausência de noções consideradas fundamentais para se identificar uma ordem como jurídica.

Contemporaneamente, parece de pouco proveito discutir 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 aparentemente “sociais” de algumas instâncias transnacionais são de fato *jurídicas*. Essa discussão – provavelmente

infindável – perdeu importância para debates mais específicos diante do evidente impacto que as ordens normativas pós-estatais provocam em nossas vidas, independentemente do reconhecimento delas enquanto “direito”.

O fato é que vivemos hoje em um ambiente multinormativo, organizado por regras diversas produzidas em lugares diversos. Percebe-se o desenvolvimento de instâncias decisórias não-estatais em níveis globais (como a ONU), regionais (União Europeia, Mercosul) e funcionais (ICANN, OMC, FIFA) – de caráter público, privado ou multissetorial. David Kennedy (2016, p. 174) resumiu da seguinte forma o cenário contemporâneo de interações normativas:

Há direito a cada momento. Até mesmo a guerra hoje é um assunto de regras e regulações e de princípios jurídicos. Nem o mercado global é um espaço de liberdade comercial fora do direito. O comércio global – mesmo o informal e o clandestino – tem lugar em um ambiente de densa regulação entre entidades cujas capacidades e poder de barganha são estruturas por poderes, obrigações e privilégios jurídicos. A dispersão e fragmentação do poder econômico e político trazido por sua globalização apenas acelerou sua juridificação.

Que processos de “juridificação” têm se intensificado no campo transnacional em razão da globalização parece ser algo incontestado. Mas assim como são perceptíveis diferenças entre processos de juridificação e de constitucionalização no âmbito dos Estados nacionais, cumpre perguntar se existe algo para além de uma “juridificação” acontecendo também no cenário pós-estatal. Esse é um ponto mais controverso entre a literatura sobre o tema. Existem céticos e defensores da utilização de termos como “constitucionalismo”, “democracia” ou “direito público” para se referir a dinâmicas regulatórias pós-estatais. Algumas dessas controvérsias serão revisitadas na segunda e na terceira parte desse artigo.

Por ora, cumpre notar o seguinte aspecto: na medida em que cresce o impacto do direito pós-estatal em nossas vidas, questionamentos em relação à sua legitimidade tornam-se inevitáveis. Se em relação ao direito produzido pelo Estado possuímos sempre alguma fonte 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. Em outras palavras, conceitos como democracia e constituição, tão caros à tradição estatal moderna, não parecem se replicar para além de suas fronteiras.

Há várias formas de se justificar teoricamente esse estado de coisas. A primeira delas é afirmar que, por definição, nenhum controle democrático vigoroso ou nenhuma ordem constitucional pode emergir no espaço transnacional. Nesse caso, as únicas opções viáveis se encontrariam na renacionalização de processos decisórios ou na elaboração de uma constituição para a sociedade mundial, alternativas que Teubner (2016, p. 24-26) descarta como inoportunas. A par da questão de serem ou não inoportunos, é preciso salientar que projetos de renacionalização ou de uma constituição mundial cosmopolita se mostram bastante improváveis, ainda mais se considerarmos o atual cenário de recrudescimento das disputas econômicas entre países e o forte declínio da capacidade de investimento por parte dos Estados, cada vez mais dependentes de investidores que atuam no mercado financeiro internacional (STREECK, 2018).

Afastados os projetos de renacionalização e de uma constituição global cosmopolita, restam diversas soluções “intermediárias”. Juntas, elas formam o grosso da produção teórica sobre constitucionalismo e legitimidade democrática<sup>1</sup> transnacional. E antes de discutir algumas delas em detalhe, cabe apontar algumas observações gerais.

É sabido que transpor instituições e processos consolidados pelas democracias estatais ao contexto transnacional não é uma tarefa fácil. Muitas das condições presentes nos Estados não encontram equivalentes diretos para além de suas fronteiras: 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-nacional. 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, ao exigir-lhes determinados comportamentos publicamente estabelecidos e

---

<sup>1</sup> 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.

assegurar-lhes uma série de garantias de ordem material e procedimental – em poucas palavras, algumas das características que definem o *rule of law*<sup>2</sup>.

Mas qual então o patamar de legitimidade que pode ser alcançando pelos diversos níveis e âmbitos da “governança global”<sup>3</sup>? 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?

Mesmo que se dirijam a questões jamais respondidas, praticamente nenhuma das teorias que veremos desconsidera a presença do Estado como um ator dotado de força no cenário jurídico contemporâneo. Também não se descarta o imaginário político e institucional legado pela modernidade, que ainda pode ser útil para pensar questões transfronteiriças. Para alguns, aliás, a recuperação desse imaginário alcança a condição de principal aposta.

As teorias da democracia e da legitimidade democrática no campo transnacional são uma mescla de diferentes abordagens teóricas, conceitos filosóficos e das ciências sociais e diagnósticos a partir de estudos empíricos. A dinâmica acelerada e interdependente das regulações jurídicas pós-nacionais dificulta a elaboração de diagnósticos precisos e de prognósticos viáveis. Pressupostos teóricos sobre direito, constituição e democracia são constantemente postos à prova por novos fenômenos regulatórios em diferentes níveis, e é comum que as expectativas devam ser a todo tempo reajustadas. Em suma, o retrato do campo teórico que se propõe a investigar as relações entre direito, constitucionalismo e democracia na era da globalização é quase tão diversificado quanto as formas de interação jurídica entre os atores transnacionais

---

<sup>2</sup> O *rule of law* é uma forma jurídica que parte de um princípio básico segundo o qual o exercício do governo deve se basear na autoridade das leis, e não das pessoas. Entretanto, o *rule of law* inglês tem uma diferença importante em relação à tradição alemã do *Rechtstaat*, surgida em período semelhante e que compartilha esse mesmo princípio. Segundo Neumann (2014, p. 50), enquanto a teoria alemã é constitucional-liberal, a teoria inglesa do *rule of law* é constitucional-democrática, pois incorpora tanto a ideia do “império do direito” como a da soberania do Parlamento. É a partir dessa tradição que autores como Scheuerman (2008) extraem a ideia de que o *rule of law* possui “virtudes jurídicas” como clareza, publicidade e generalidade.

<sup>3</sup> 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, 1995, p. 16).

públicos e privados – instituições intergovernamentais, organizações não-governamentais, empresas multinacionais e demais setores da sociedade civil.

A multinormatividade é uma realidade pouco provável de ser revertida em favor de formas unitárias de ordenação jurídica ou constitucional. A questão passa a ser: que contornos ela irá assumir? Parece evidente a necessidade de estabelecer controles (democráticos? constitucionais? ou ambos?) sobre o direito produzido fora dos territórios nacionais, mas que controles serão esses?

Soluções únicas e definitivas são improváveis, o que abre espaço tanto para práticas inovadoras como para se recuperar experiências do passado. É isso que pretendem as abordagens teóricas que veremos a seguir: primeiro, aquelas que enfatizam a questão democrática; em seguida, as que partem de revisões do conceito de constitucionalismo.

### **3 A BUSCA POR LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA TRANSNACIONAL**

Um dos autores pioneiros no tema da democracia transnacional, John Dryzek (1999, p. 43-48) constatou ao menos três pontos essenciais para a discussão que permanecem válidos até os dias de hoje: 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, experimentação. A maior parte da bibliografia contemporânea sem dúvida concorda com esses três aspectos, mas há uma margem considerável de desacordo em relação à importância concedida a cada um deles.

O primeiro ponto, apesar de inicialmente contestado por autores como Robert Dahl (1999), é o que parece encontrar melhor aceitação entre as abordagens mais contemporâneas. Dificilmente há quem ainda considere que a democracia é um assunto puramente nacional ou que os padrões democráticos alcançáveis a nível transnacional sejam tão irrisórios que sequer mereçam consideração. É mais comum dizer que há grandes “déficits” democráticos nas instituições transnacionais, mas mesmo essa é uma avaliação que, como mostrou Moravcsik (2004), deve estar muito bem calcada em um conceito de democracia filosoficamente coerente que atente às possibilidades reais de cada instituição analisada.

No entanto, percebe-se uma diferença significativa entre, de um lado, as abordagens que procuram transpor estruturas e processos democráticos encontrados nos Estados para o cenário transnacional; e, de outro, abordagens que consideram que há sim ensinamentos a serem retirados das experiências democráticas no contexto estatal, mas que o implemento de uma maior legitimidade democrática no espaço transnacional depende muito mais dos caminhos próprios que os atores transnacionais tendem a inaugurar por meio de inovações. Em suma, abordagens com ênfase em *teorias normativas* e com ênfase na *experimentação*.

O primeiro tipo, 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 Held (1995), 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”. (ARCHIBUGI, 2012, p. 9).

A intenção da democracia cosmopolita não é a de constituir uma federação mundial, mas de revelar alguns pressupostos normativos que permitam a cidadãos e cidadãs exercer direitos e deveres do nível local ao nível global. Para tanto, o projeto se apoia, de acordo com Archibugi (2012, p. 15), em três linhas de ação: “o *rule of law*, a participação de *stake-holders* e a possibilidade de se atingir uma representação global por meio de um Parlamento Mundial”.

Uma das maiores influências do cosmopolitismo foi a obra de Jürgen Habermas, especificamente sua concepção de democracia deliberativa (HABERMAS, 1997). Seu modelo tem sido constantemente revisitado e reinterpretado para se adaptar às novas configurações do espaço transnacional. O próprio Habermas (2001; 2006) 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 obra de Habermas, cujo apreço por uma teoria normativa é considerável, também tem sido utilizada por abordagens que enfatizam a necessidade de maior experimentação – o que demonstra o quão próximas podem ser as análises. A democracia deliberativa habermasiana tem sido tomada, por exemplo, como base teórica para se avaliar a qualidade democrática de iniciativas multissetoriais (MENA; PALAZZO, 2012; HAHN; WEIDTMANN, 2016; MARTENS; LINDEN; WÖRSDÖRFER, 2017). O multissetorialismo<sup>4</sup> 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 ICANN (NYE, 2014; RAYMOND; DeNARDIS, 2016) e, no Brasil, do Conselho Gestor da Internet (CGI), ambas iniciativas multissetoriais que reúnem especialistas, empresários, agentes governamentais e demais atores públicos e privados. Nesse sentido, Kal Raustiala (2017) chega a sugerir, baseado em evidências empíricas trazidas de organismos como o Fundo Global de Luta contra Aids, Tuberculose e Malária, que as iniciativas multissetoriais são inclusive capazes de fortalecer as instituições multilaterais e, conseqüentemente, fomentar formas de governança mais democráticas no espaço transnacional.

É possível perceber que o primeiro e o terceiro ponto que recuperamos a partir da leitura de Dryzek (1999) – adaptação da democracia ao cenário transnacional e necessidade de experimentação – coexiste em cada uma das abordagens mencionadas, tendo as diferenças entre elas sido compreendidas mais como questão de ênfase. Mas e

---

<sup>4</sup> Tradução para o português da expressão de língua inglesa *multistakeholderism*. De acordo com a definição generalista dada por Mark Reymond e Laura DeNardis (2016, p. 2), “[...] 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.” As classes de atores podem variar conforme a descrição teórica, mas incluem normalmente quatro tipos: Estados, organizações intergovernamentais formais, empresas e atores da sociedade civil. Todas essas classes são passíveis de maiores distinções em seu interior: talvez fosse útil desmembrar a última categoria, por exemplo, em organizações não governamentais (ONGs), movimentos sociais, redes da sociedade civil e indivíduos atuando em causa própria. Por conta da multiplicidade de atores envolvidos, as iniciativas multissetoriais assumem formas muito menos coerentes do que as instituições multilaterais, isto é, os arranjos institucionais entre três ou mais estados, conforme a definição clássica oferecida por Robert Keohane (1990) e posteriormente complementada por John Ruggie (1992).

em relação ao segundo ponto, que versa sobre a crescente importância da sociedade civil no espaço transnacional?

A exata medida de coesão necessária e o nível de impacto social a ser esperado de uma “sociedade civil transnacional” têm sido objeto de diversas apreciações. Em geral, as primeiras projeções foram mais ambiciosas, como a de Daniel Weinstock (2001), enquanto as abordagens recentes têm se mostrado menos otimistas, como as de Phillip Oxhorn (2007), Mathias Koenig-Archibugi (2011).

Desde o início sabia-se da dificuldade de integrar públicos transnacionais, que não contam com uma identidade nacional comum, em prol de objetivos compartilhados. Mas 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 – meio ambiente, relações de consumo, erradicação de trabalho escravo – e que contam com algum grau de centralização – em torno, sobretudo, de organizações não-governamentais como o World Wide Fund for Nature (WWF) ou redes de organizações como a GoodWeave International (antiga Rugmark).

Enquanto o exemplo da União Europeia aponta para as possibilidades de uma integração por meio da ideia de uma *cidadania* transnacional, o exemplo das redes transnacionais enfatiza a integração por *áreas* ou *problemas*. Aplicando a distinção anterior, poderíamos dizer que a primeira experiência conta com uma ênfase mais político-normativa, enquanto as experiências de segundo tipo concedem, via de regra, maior destaque para a experimentação.

A ideia de uma sociedade civil transnacional baseada em noções de cidadania tem sido fortemente combatida pela recente onda nacionalista que culminou na eleição de Donald Trump nos Estados Unidos e na retirada, ainda pouco definida, do Reino Unido da União Europeia. Esses acontecimentos parecem inscritos em uma tendência generalizada de recrudescimento da competição econômica entre Estados e da diminuição da cooperação nas relações internacionais. Visto que o tratamento de questões que dependem substancialmente dessa cooperação – como a imigração, o aquecimento global ou o desenvolvimento de regras mais justas em organismos econômicos internacionais – tende a ser afetado negativamente, a sociedade civil aparece aqui essencialmente por meio de seu potencial contestatório das políticas tomadas nos grandes centros de poder e decisão.

Por outro lado, embriões de uma possível sociedade civil transnacional aparecem em iniciativas de grupos de pressão que se organizam por setor, especialmente na economia e no meio ambiente. Integrações por área ou problema regulatório comum aparentemente têm sido mais eficientes no cenário transnacional, algo que inclusive vem sendo defendido por Teubner (2016) como a *única* alternativa possível diante da complexidade das questões envolvidas, conforme veremos a seguir.

Mas o quanto de mudança é possível esperar de mobilizações organizadas da sociedade civil sem uma estrutura organizacional correspondente que permita que as opiniões de afetados sejam levadas em conta pelos organismos e redes transnacionais que regulam áreas como o sistema financeiro, as trocas comerciais ou o sistema internacional de propriedade intelectual? Como pensar uma alternativa que possibilite aliar, ao mesmo tempo, as exigências por critérios normativos, maior grau de experimentação e garantia de um papel de centralidade para a sociedade civil?

Esses parecem ser os grandes desafios das teorias da legitimidade democrática transnacional, que já acumulam ao menos duas décadas de diagnósticos sobre iniciativas específicas e formulação de parâmetros normativos. Até agora, sabe-se ao menos que os processos democráticos transnacionais não obedecerão a mesma lógica encontrada nos Estados nacionais. Mas isso também não leva a dizer que qualquer tentativa de democratizar o direito pós-estatal deva ser descartada como inócua.

Diante do caráter aparentemente irreversível de algumas tendências de transnacionalização em áreas como a economia e o ciberespaço, ainda soa melhor pensar em modelos ideais que sirvam como critério normativo ou em experiências inovadoras do que simplesmente aceitar as condições existentes como imutáveis ou irremediavelmente deficitárias.

#### **4 O CONSTITUCIONALISMO PÓS-ESTATAL**

Um outro campo de investigação identifica problemas semelhantes em relação à legitimidade do direito transnacionalmente produzido, mas parte de um conceito diverso: a noção, tradicionalmente vinculada ao Estado moderno, de constitucionalismo. Há mais do que juridificação acontecendo no espaço transnacional? Ou, de forma mais ampla: o constitucionalismo está fadado a ser um fenômeno estatal ou pode encontrar ressonância também em interações jurídicas transnacionais?

De acordo com Neil Walker (2008, p. 519-520), essa discussão ganhou relevo nos últimos anos por ao menos duas razões. Em primeiro lugar, percebe-se o desenvolvimento de instâncias decisórias não-estatais em níveis regionais (União Europeia, NAFTA, Mercosul), funcionais (ICANN, OMC) e globais (ONU e suas agências). Essa é a dimensão material do debate, difícil de ser contestada diante de consideráveis evidências empíricas. Mas, em segundo lugar, aparece uma dimensão teórica, essa mais controversa: existe uma tendência de se conceituar esses desenvolvimentos de instituições e práticas em termos explicitamente constitucionais.

É nesse ponto que disputam espaço, por um lado, críticas por parte de céticos em relação à possibilidade de um constitucionalismo fora do Estado e, por outro, argumentos dos que defendem tal possibilidade. Uma vez que não há evidências empíricas que comprovem cabalmente uma ou outra tese, o debate permanece em grande parte conceitual. Seguindo os propósitos mais gerais desse artigo, não entraremos nos pormenores dessa discussão – especialmente no que toca à argumentação lançada pelos céticos. Importa aqui desvelar quais as justificativas e os caminhos possíveis para um constitucionalismo transnacional.

E, nesse sentido, a concepção mais completa e que conta com o diagnóstico mais influente é inegavelmente a de Gunther Teubner, com sua teoria do constitucionalismo social. Diante de uma série de escândalos<sup>5</sup> relacionados à emergência de regimes transnacionais, Teubner (2016, p. 24) chama a atenção para uma “nova questão constitucional”, localizada não mais na política, mas nas energias sociais situadas fora do poder político e para além das fronteiras estatais. Sua renovada teoria sociológica do constitucionalismo social procura então suprir os déficits explicativos presentes em abordagens precedentes, que não prestam a devida atenção às tendências autorregulatórias fortalecidas pela transnacionalização do direito.

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

---

<sup>5</sup> Logo no começo de *Fragmentos Constitucionais*, Teubner (2016, p. 23) alude aos seguintes escândalos: “Violações de direitos humanos por empresas transnacionais; decisões controversas da Organização Mundial do Comércio que, em nome do livre comércio global, ameaçam a proteção ao meio ambiente e à saúde; *doping* esportivo; corrupção na medicina e na ciência; ameaças à liberdade de expressão por intermediários privados na internet; interferências massivas na esfera privada decorrentes da coleta e retenção de dados por organizações privadas; e, com força especial, a liberação de riscos catastróficos nos mercados financeiros mundiais – todos esses fenômenos levantam não apenas problemas políticos e jurídicos de regulação, mas também problemas constitucionais em sentido estrito.”

desenvolvendo suas próprias dinâmicas de regulação ou, na linguagem adotada por Teubner, suas próprias constituições, 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 social 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 – comunicação, transporte, economia, saúde – 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 no exterior, nas relações com 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. (TEUBNER, 2016, p. 107).

Teubner crê ser inútil apostar as fichas na construção de uma constituição global cosmopolita ou em uma renacionalização para solucionar questões que há muito já extrapolam fronteiras nacionais, como a regulação dos mercados financeiros, a proteção do meio ambiente e a governança da internet. Porém, alerta também sobre a extrema dificuldade – ou impossibilidade – de se encontrar respostas gerais aos problemas específicos de cada regime, tendo em vista a complexidade das questões transnacionais. Assim, uma das principais intuições de Teubner é a de que a regulação do espaço transnacional deve sua potencial efetividade ao caráter autorregulatório de cada área.

É claro que uma autonomia em relação à política também comporta riscos, pois os subsistemas tendem a permanecer absortos em seu próprio funcionamento e cegos em relação às externalidades negativas produzidas por cada um deles. Mesmo admitindo-se que as constituições sociais parciais desempenham funções perfeitamente análogas

àquelas das constituições estatais, o próprio Teubner (2016, p. 109) releva sua preocupação com relação à “qualidade do direito” produzido pelas primeiras, uma vez que elas não partem de um direito constitucional pensado a partir da totalidade social.

As vantagens do distanciamento em relação à política estatal são mais evidentes em organismos cuja função é preponderantemente técnica, como a Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números (ICANN) ou a Organização Internacional de Normalização (ISO), por exemplo; já as desvantagens e a ameaça de normas “corruptas” são mais perceptíveis nas eventuais tomadas de decisão realizadas por instituições que regulam o comércio e o sistema financeiro global, nos organismos multilaterais de proteção ambiental ou nos acordos internacionais sobre proteção da propriedade intelectual.

Enquanto os primeiros são caracterizados por um alto grau de cooperação entre os participantes, os últimos são marcados por frágeis equilíbrios diante dos interesses potencialmente conflitantes em jogo. Como evitar, por exemplo, que as decisões tomadas pelo regime de trocas econômicas internacionais ou do sistema financeiro global, representados por instituições como a Organização Mundial do Comércio (OMC) ou o Comitê de Supervisão Bancária de Basileia, representem ameaças à economia e aos cidadãos e cidadãs de países menos desenvolvidos e com menor representação em tais órgãos?

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 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 transnacional poderá redundar em processos constitucionais democratizantes?

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. (TEUBNER, 2016, p. 89).

A ideia de organizações formais não deve se restringir, no entanto, ao exemplo tradicional das organizações intergovernamentais, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e suas agências setoriais. Inclui-se aqui toda a gama de atores sociais capazes de exercerem pressão externa organizada sobre os subsistemas: meios de comunicação, intelectuais, movimentos sociais, ONGs, organizações profissionais. Essa pressão deverá se dirigir a uma politização interna de cada constituição, de modo que os subsistemas entendam a necessidade de incluir funções autolimitativas em seu funcionamento como forma de conter possíveis ameaças aos demais subsistemas e ao ambiente. Uma politização, como pondera Teubner (2016, p. 209), relacionada ao conceito geral do Político (no francês, *le politique*) como organização do espaço social por meio de comunicações, e não apenas como política institucionalizada (*la politique*).

A politização interna pode ser identificada como um primeiro passo para a legitimidade democrática dos regimes transnacionais ao afastar a visão de que um espaço só pode ser legitimado democraticamente se for capturado pela estrutura política dos Estados. Mas, por si só, a ideia de uma politização interna não é uma resposta firme aos desafios acerca da “qualidade do direito” produzido transnacionalmente. Na ausência de parâmetros jurídicos e democráticos nesse campo, o que resta são as experiências do constitucionalismo estatal, e a questão passa a ser como implementá-las diante das novas condições de globalidade. (TEUBNER, 2016, p. 34).

Esse é um ponto que Teubner (2016, p. 221) admite não desenvolver suficientemente em *Fragmentos Constitucionais*, aludindo de forma genérica que “não se deve tomar prontamente o conceito de democracia que foi especialmente desenvolvido para o sistema político”. Ainda que boa parte dos três últimos capítulos de seu livro contenham observações de caráter normativo, muito pouco pode ser extraído a partir delas. Aparecem preocupações quanto à importância de que se possibilite a formação de dissenso dentro dos subsistemas, que se constituam *standards* de direitos fundamentais

com base em decisões concretas tomadas no interior dos regimes e, de uma forma mais abstrata, que o princípio de justiça se desdobre em uma espécie de princípio da sustentabilidade.

Mas críticas baseadas em um suposto déficit democrático dos regimes transnacionais não são facilmente repelidas por esse diagnóstico inicial. O próprio Teubner reconheceu esse fato, e sua resposta às críticas que lhe foram dirigidas de um ponto de vista democrático nos servem como ponto de partida interessante para compreender as relações entre constitucionalismo e democracia no cenário pós-nacional.

## **5 UM CONSTITUCIONALISMO TRANSNACIONAL SOB BASES DEMOCRÁTICAS?**

Em um texto mais recente, Teubner (2018) parece admitir que grande parte da desconfiança em relação ao futuro da democracia no espaço transnacional é bastante justificada. Pondera, no entanto, que há uma crítica equivocada que aponta para uma falta de publicidade supostamente irremediável nos espaços transnacionais, ignorando exemplos bem-sucedidos de regulações que seguem elevados padrões democráticos como a ICANN e o Forest Stewardship Council (FSC). Em outras palavras, uma crítica que compara uma forma ideal de democracia com a realidade confusa e complexa dos regimes transnacionais.

Teubner (2018, p. 10) 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 estabelecem padrões aceitáveis de legitimidade democrática nos regimes transnacionais? Por que os críticos, segundo Teubner (2018, p. 11), 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 primeiro lugar, Teubner faz notar que tal princípio jamais foi plenamente concretizado ao longo das sociedades políticas ocidentais, da Roma antiga ao Estado moderno. A identidade entre governantes e governados funcionou, no máximo, como hipótese mais ou menos convincente de legitimidade do poder dominante. Segundo, é

preciso atentar para a dramática transformação que esse princípio enfrenta em condições de globalidade. Ao longo da história dos Estados-nação o princípio democrático foi capaz de combinar duas tendências contraditórias: a formação de um consenso identitário e o aumento de dissenso interno. A estrutura do complexo do sistema político estatal conseguia em boa medida produzir variabilidade nas decisões coletivas e, ao mesmo tempo, provocar uma identificação de cidadãos e cidadãs com o governo.

Esse elo democrático, no entanto, se rompeu. Teubner (2018, p. 12) afirma que, embora não devêssemos abrir mão do elemento do consenso identitário em assuntos transnacionais, as chances de sua realização estão limitadas aos níveis locais ou nacionais. Identificações massivas com instituições intergovernamentais como a ONU, ou supranacionais como a União Europeia, são pouco prováveis. Resta então o elemento da formação de dissenso, e é nele que Teubner deposita suas fichas:

Se estamos interessados em tornar as instituições transnacionais mais responsivas a seus ambientes – sociais, naturais e humanos –, então sua democratização não pode ser realizada como uma garantia da identidade entre governantes e governados. Mas ela pode ser realizada como a garantia de um vigoroso dissenso organizado, que enfrenta as decisões daqueles em posição de poder de forma efetiva (TEUBNER, 2018, p. 13).

O dissenso deve ser institucionalizado dentro de cada regime, segundo Teubner (2018, p. 14), por meio de dois processos: um processo de generalização, que substitui o princípio da representação política pelo da autocontestação dos regimes, e um processo de reespecificação, segundo o qual a autocontestação dos regimes deve seguir um modelo próprio de acordo com a diversidade epistêmica de cada um deles. Assim, Teubner reformula o princípio clássico da forma que julga ser 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.

Mas no que tange aos princípios de direito candidatos a virarem normas constitucionais dos regimes transnacionais, Teubner apenas alude aos desenvolvimentos do movimento do “direito administrativo global”, inaugurado por Kingsbury, Krisch e Stewart (2016). Da mesma forma, não entra em detalhes sobre quais tipos de normas ou procedimentos específicos permitiram uma maior contestação dos regimes, especialmente por pressões exteriores. Não há nenhum tipo de prescrição sobre que

atributos o direito deve ter como forma de impulsionar a legitimidade democrática dos regimes. Ou seja, em termos jurídicos, o aspecto normativo da obra recente de Teubner ainda convence muito menos que seu caráter descritivo.

Talvez a preocupação de Teubner em relação à “qualidade do direito” produzida no espaço transnacional seja uma pista da necessidade de uma análise jurídica mais profunda, algo que o conceito de normas constitucionais – mesmo com sua descrição sobre funções, âmbitos, processos e estruturas – não parece satisfazer plenamente. 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?

Há iniciativas teóricas importantes sendo feitas sobre esse ponto, como as de Paul Schiff Berman (2007, 2018). Por meio de sua noção de “pluralismo jurídico global”, Berman tem construído uma espécie de inventário de mecanismos aptos a fomentar diálogos interculturais e entre diferentes áreas no espaço transnacional. Ainda que sua obra ainda esteja em evolução no que diz respeito ao caráter normativo de suas observações, o próprio ponto de partida que o autor adota o leva um pouco mais além de Teubner no que diz respeito à “qualidade do direito” que podemos e que deveríamos esperar de iniciativas situadas para além das fronteiras nacionais.

Evidentemente, não se espera que os processos de “constituição” e “autolimitação” dos regimes transnacionais sejam 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 que seria composta por representantes oficiais dos Estados (RAUSTIALA, 2016). Mas disso deveríamos extrair a conclusão de que um direito baseado em regras claras, públicas e gerais não faz mais sentido no plano transnacional?

Ao recuperar e atualizar o legado do teórico crítico Franz Neumann, William Scheuerman tem postulado exatamente esse tipo de questão. Segundo Scheuerman (2008), procedimentos formalistas são muitas vezes vistos como anacrônicos pelos agentes transnacionais, mas ao mesmo tempo cresce a demanda para que o direito

produzido em instâncias não tradicionais possua algum tipo de legitimidade, uma vez que seus impactos na vida social dos indivíduos e na economia dos Estados tem se tornado cada vez maiores. Essas duas tendências geram, portanto, um impasse:

Na medida em que a deformalização do direito parece inteiramente relacionada com o *dinamismo* do desenvolvimento econômico contemporâneo, como podemos preservar esse dinamismo garantindo simultaneamente uma medida razoável de virtudes do *rule of law*? Devemos escolher entre o *rule of law* e um sistema de produção guiado incessantemente para acelerar a velocidade da vida econômica? Ou seria possível preservar aquilo que vale a pena no dinamismo da vida econômica contemporânea – e alcançar uma maior justiça social e *rule of law*? (SCHEUERMAN, 2008, p. 28).

Em outras palavras, como combinar dinamismo econômico e formalismo jurídico? Isso exige, em primeiro lugar, uma atitude crítica de recusa em se aceitar o avanço de tendências antiformais no direito sob a mera justificativa do aumento da complexidade social. Nesse sentido, afirma Scheuerman (2008, p. 82): "se as democracias existentes devem sacrificar importantes atributos do direito formal clássico, isso é mais o resultado de uma organização profundamente insatisfatória da vida política e econômica do que da complexidade social." Ou então, com mais ênfase: "a batalha pelo *rule of law* envolve uma batalha contra as patologias da globalização neoliberal". (SCHEUERMAN, 2008, p. 45).

Scheuerman recupera aqui uma ideia muito cara à Teoria Crítica, de Horkheimer e 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 sociais (HONNETH, 2004).

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 Teubner (2016, p. 153), diferenciar entre formas de crescimento dos sistemas sociais com “leves tendências inflacionárias de produção simbólica” de formas “socialmente danosas”. Embora Scheuerman (2008) 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.

Há imensos desafios para a conquista de direitos básicos, *rule of law* e constitucionalismo no plano transnacional, mas pode ser interessante avaliar as novas dinâmicas conforme suas potencialidades ou riscos à sustentação de um direito democrático na ausência de instituições formais estatais. Uma concepção de direito democrático poderia partir da reespecificação da ideia de participação, corretamente tematizada por Teubner (2016), mas também do incremento de virtudes jurídicas no cenário transnacional, tal como defende Scheuerman (2008).

Ambos os aspectos são, evidentemente, passíveis de reconsideração à luz dos diagnósticos de cada um. Para além das diferenças óbvias entre a Teoria Crítica e a Teoria dos Sistemas, e a despeito de não demonstrar nenhum tipo de aversão ao *rule of law* (aliás, muito pelo contrário), Teubner poderia criticar o projeto de Scheuerman em termos de sua viabilidade. O modelo de Teubner (2016, p. 268-269) sobre colisão entre regimes adota outros princípios e dinâmicas para resolução de controvérsias por acreditar que tais colisões são na verdade conflitos de racionalidade na sociedade mundial, e não meros conflitos normativos. Se essa ideia for levada a sério, o papel do direito generalista na justificação das decisões a nível transnacional certamente deveria ser revisado.

Por outro lado, é passível de crítica a tendência, comum tanto a Teubner como ao próprio Habermas (2001), de oferecer a imagem de uma democracia deliberativa anônima, destituída de sujeito. Diante disso, Scheuerman (2008, p. 135) responde que a democracia deliberativa “merece ser descrita como democrática apenas se a deliberação é tomada por sujeitos (humanos concretamente situados) em busca de alcançar autogoverno ou autolegislação”. Por mais ambiciosa que essa ideia possa parecer, não há razão para desconsiderá-la enquanto ideal crítico que aponta para déficits importantes sobre o papel do sujeito tanto na linguagem sistêmica apropriada por Teubner como no modelo comunicativo habermasiano.

Ademais, é possível desconfiar do caráter quase inescapável que Teubner parece dar às ideias de fragmentação e privatização do direito. José Rodrigo Rodriguez (2018) identifica, por exemplo, que a privatização de normas jurídicas em concomitância com a ascensão do capitalismo financeiro parecem estar por trás de um novo ciclo autoritário – tendo o primeiro se dado no começo do século XX, com os regimes autoritários – onde o

direito produzido por atores com grande poder econômico e político busca contornar as demandas sociais por direitos.

A justificação do poder é um elemento fundamental do direito no contexto nacional. Uma vez que redes contratuais autônomas e um mercado financeiro desregulamentado são hoje, ao lado dos próprios Estados, os principais centros poder econômico e político transnacional, o papel de um direito democrático é aqui também o de cobrar que os atores transnacionais justifiquem seu domínio sob diversas áreas da vida social. Nesse sentido, uma defesa do *rule of law*, ainda que possa soar como antiquada, pode auxiliar a combater estratégias de dominação disfarçadas sob a aparência de normas e contratos de autorregulações pouco ou nada democráticas. A patologia inscrita na ideia de “fuga do direito” (RODRIGUEZ, 2009) precisa devidamente distinguida das dificuldades “normais” de participação democrática nos regimes, e isso só é possível assumindo-se um critério normativo para avaliar a imbricação entre direito e democracia.

Teubner (2018) 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?

Sem surpresa, essas questões nos levam de volta ao tema do constitucionalismo e suas garantias contra a arbitrariedade. Mas isso também nos leva a questionar se o conceito de constitucionalismo empregado Teubner (2016) é de fato apropriado para lidar com esse aspecto fundamental das constituições modernas. O modelo de molduras constitucionais proposto por Walker (2008) talvez possa ajudar nessa tarefa. Fato é que parece de suma importância, para o eventual sucesso de tentativas de estabelecer algum tipo de controle sobre regimes jurídicos transnacionais, que discussões sobre constitucionalismo estejam ligadas a discussões sobre democracia.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Não deixa de ser curioso como a maioria dos autores que trata sobre democracia transnacional não trata sobre constitucionalismo, e vice-versa. Ciente das críticas ao seu diagnóstico sobre constitucionalismo social, Teubner parece ter compreendido que é preciso aliá-lo a uma discussão sobre democracia. Em que pese essa iniciativa ser

louvável, não nos furtamos de tecer algumas críticas a seus pressupostos e seus critérios normativos.

A argumentação de Scheuerman (2008), por outro lado, parece anteciper um projeto ambicioso de formulação de mecanismos capazes de levar a cabo funções que no Estado nacional ficavam a cargo das instituições políticas formais. Mas, se olhada mais de perto, é reveladora sobre a necessidade de uma atitude crítica que, por meio de uma análise jurídica comprometida com os princípios do *rule of law*, identifique processos globalizantes patológicos. Esse parece ser um primeiro passo importante para a formulação de um direito democrático no espaço transnacional.

A definição de democracia inscrita na concepção de direito democrático aqui defendida é bastante simples, mas ao mesmo tempo ambiciosa: 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 disso será satisfeita no cenário transnacional é algo a ser verificado, mas, do ponto de vista que adotamos, trata-se de um ideal crítico (BENHABIB, 2006) sobre o qual devem ser avaliadas 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.

BENHABIB, Seyla. **Another cosmopolitanism**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism as a normative project. **UC Irvine Law Review**, Irvine, v. 8, n. 2, p. 149-181, 2018.

BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. **Southern California Law Review**, Los Angeles, v. 80, p. 1155-1237, 2007.

COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 97, n. 1, p.4-68, 1983.

COVER, Robert. Violence and the Word. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 95, n. 1, p. 1601-1629, 1986.

DAHL, Robert. Can international organizations be democratic? A skeptic's view. In: SHAPIRO, Ian; HACKER-CORDON, Casiano (orgs.). **Democracy's Edges**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

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

GALANTER, Marc. Justice in many rooms: courts, private ordering, and indigenous Law. **The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law**, [S.I.], v. 13, n. 19, p. 1-47, 1981.

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.

HABERMAS, Jürgen. **The Postnational constellation**: political essays. Cambridge: MIT Press, 2001.

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. I.], v. 55, n. 1, p. 90-129, 2016.

HELD, David. **Democracy and the global order**: from the modern state to cosmopolitan governance. Stanford: Stanford University Press, 1995.

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.

KENNEDY, David. **A world of struggle**: how power, law, and expertise shape global political economy. Oxfordshire: Princeton University Press, 2016.

KOEHANE, Robert. Multilateralism: an agenda for research. **International Journal**, Toronto, v. 45, n. 4, p. 731-764, 1990.

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

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. A emergência de um direito administrativo global. In: BADIN, Michelle (org.). **Ensaio 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/Ensaio-sobre-o%20direito-administrativo-global.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 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 ago. 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.

MERRY, Sally Engle. Legal pluralism. **Law & Society Review**, Amherst, v. 22, n. 5, p. 869-896, 1988.

MORAVCSIK, Andrew. Is there a “democratic deficit” in world politics? a framework for analysis. **Government and Opposition**, Cambridge, v. 39, n. 2, p. 336-363, 2004.

NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 109, p. 13-87, 2014.

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: 30 out. 2018.

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. Governing the internet. **American Journal of International Law**, Durham, v. 110, n. 3, p. 491-503, 2016.

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](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3023598)>. Acesso em: 02 nov. 2018.

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: 30 out. 2018.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Fuga do direito**: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Um novo ciclo autoritário: para uma democracia multinormativa. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, n. 14. São Leopoldo: Karywa, 2018.

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

RUGGIE, John Gerard. Multilateralism: the anatomy of an institution. **International Organization**, Cambridge, v. 46, n. 3, p. 561-598, 1992.

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.

TWINING, William. **General jurisprudence**: understanding law from a global perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

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