

# REFLEXÕES SOBRE O DIREITO TRANSNACIONAL<sup>1</sup>

REFLECTIONS ON TRANSLATIONAL LAW

REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO TRANSNACIONAL

Maurizio Oliviero<sup>2</sup>

Paulo Márcio Cruz<sup>3</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem como objetivo a discussão sobre a possibilidade do Direito Transnacional, sua caracterização, conceituação e sua futura aplicação em âmbitos não territoriais para limitar os novos poderes surgidos com a globalização. Na atual sociedade de risco, torna-se cada vez mais importante a expansão do direito para além de suas categorias modernas, como Direito Nacional, Direito Comunitário e Direito Internacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Transnacional. Globalização. Sociedade de Risco.

## ABSTRACT

This article discusses Transnational Law, and its characteristics, concept and future application in the non-territorial fields for limiting the new powers that have emerged with globalization. In the current risk society, the expansion of Law beyond its modern categories, such as National Law, Community Law and International Law, becomes increasingly important.

**KEYWORDS:** Globalization. Risk Society. Transnational Law.

## RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo el debate sobre la posibilidad del Derecho Transnacional, su caracterización, conceituação y su futura aplicación en ámbitos no territoriales para limitar los nuevos poderes surgidos con la globalización. En la actual sociedad de riesgo se vuelve cada vez más importante la

1 O presente trabalho é fruto das reflexões e debates efetuados pelos professores doutores Paulo Márcio Cruz e Maurizio Oliviero durante a estada do segundo na UNIVALI, no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI, cursos de Mestrado em Doutorado, como professor estrangeiro visitante, com bolsa CAPES, de março de 2011 a setembro de 2012.

2 Doutor em Direito e Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Perugia. Titular das disciplinas de Direito Público Comparado e Direito Islâmico. Professor visitante com bolsa CAPES no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – Cursos de Mestrado e Doutorado, professor visitante e pesquisador em diversas universidades (Columbia University, Al-Quds de Jerusalém e Heidelberg, Alemanha – Max Planck Institut e Universidade de Alicante na Espanha. Embaixador do Programa Erasmus por Itália (oliviero@unipg.it).

3 Pós-Doutor em Direito do Estado pela Universidade de Alicante, na Espanha, Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina e Mestre em Instituições Jurídico-Políticas também pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Coordenador e professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) em seus programas de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica. Foi Secretário de Estado em Santa Catarina e Vice-reitor da UNIVALI. É professor visitante nas universidades de Alicante, na Espanha, e de Perugia, na Itália (pcruz@univali.br).

expansión del derecho más allá de sus categorías modernas, como Derecho Nacional, Derecho Comunitario y Derecho Internacional.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho Transnacional. Globalización. Sociedad de Riesgo.

## 1 PARA COMEÇAR:

A análise do contexto jurídico global constitui, hoje, um ponto de partida comum e imprescindível, o qual toda a pesquisa jurídica é forçada a enfrentar. Tal exigência metodológica e axiológica é, contemporaneamente, causa e consequência da progressiva perda de centralidade dos sistemas jurídicos estatais na regulação das relações, seja do direito público seja do direito privado<sup>4</sup>.

Durante toda a fase seguinte à Paz da Westfalia (ou seja, durante as duas fases da modernidade), o direito foi progressivamente visto como um aparato tipicamente estatal, fruto exclusivo do monopólio da força sobre a qual a soberania encontrava fundamento. Na medida em que a *ratio* do direito consistia em “projetar” os comportamentos dos consorciados, era evidente o papel fundamental que isto representava como instrumento de governo de um modelo (quase sempre constitucionalizado) de “vida social” no qual as relações interindividuais não podiam prescindir das fronteiras do Estado.<sup>5</sup>

A produção jurídica, em tempo de globalização, parece transtornar esse paradigma, propondo um esquema relacional inédito, baseado na centralidade do indivíduo como entidade “libertada” das relações comunitárias, no qual o órgão judicial perde progressivamente seu caráter de territorialidade.

Todavia, mais do que falar de “superação” do direito estatal, prefere-se falar de sua “transformação” que encontra explicação na hegemonia exercida, sobretudo pelo fator econômico no âmbito do raciocínio jurídico. Há, sem dúvidas, novos tipos de poder transnacionais que não são limitados por qualquer tipo de direito com um mínimo de eficácia.<sup>6</sup>

Atualmente, é quase lugar-comum apontar como a capacidade dos sistemas jurídicos estatais de produzir o próprio direito em forma absoluta está gradualmente se redimensionando, reformulando a própria categoria histórica da soberania nacional na direção de uma definição conceitual ainda de híbrida configuração. Isso acontece, também, porque as próprias opções políticas abertas às maiorias parlamentares encontram-se sempre mais circunscritas à constante cessão de soberania à “comunidade inter (ou trans)nacional”, principalmente por meio de instituições como o Fundo Monetário Internacional, a ONU e as suas agências e mesmo as grandes corporações transnacionais privadas que antes eram denominadas multinacionais, que torna algumas opções políticas impraticáveis, a não ser forçando as barreiras de uma espécie de “estado de necessidade econômica” produzido pela influência irresistível desses grandes grupos econômicos de significância mundial transnacional que, como sabemos, são muito mais poderosos que muitos Estados e capazes de modificar as características estruturais das próprias democracias contemporâneas. Tais grupos, efetivamente, não apenas dominam quase toda a cena política mundial, mas também capturam as suas legislações, condicionando-as, em nome das exigências de mercado e de desenvolvimento.<sup>7</sup>

Não é irrelevante o fato de que hoje, das primeiras cem economias mundiais, menos da metade são Estados, visto que 53 empresas multi – ou trans – nacionais têm faturamento mais significativo do que o PIB de aproximadamente cento e cinquenta Estados do mundo<sup>8</sup>. Tomados em conjunto, todos estes sujeitos – as empresas multi – ou trans – nacionais exercem um evidente papel de

4 RIEDMAN, Lawrence M. Borders: On the Emerging Sociology of Transnational Law. *Stanford Journal of International Law*, v. 32, 1996, p. 65.

5 MATTEI, Ugo; LUCARELLI, Alberto; MARCOU, Gérard. *Il diritto pubblico tra crisi e ricostruzione*. Roma: Deastore, 2009.

6 MATTEI, Ugo. *La legge del più forte*. San Casciano: Libro Co, 2010.

7 BARCELLONA, Pietro, *Il declino dello Stato*. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno. Bari: Dédalo: 2006.

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

produção normativa, direta e indireta, tornando difícil sustentar, se não com argumentos totalmente formalistas, que estes não sejam verdadeiros legisladores. A esses exemplos de direito imposto ou “heterodirigido” em determinados setores pode-se incluir muitos outros, menos formais, mas mais sutis e, talvez, até mesmo mais persuasivos.

À medida que tais processos se estabelecem, tendem a assumir progressivamente uma dimensão “cultural” e os conceitos jurídicos acabam tendo seus traços modificados. Na ausência de uma autoridade central legitimada a exercer o poder jurídico, serão os juízes a adequar o conteúdo das formulações legislativas e constitucionais às novas referências normativas providas “do externo”. A linguagem normativa muda as próprias “condições de aplicação”. A práxis aplicativa, sob este aspecto, representa algo bem diferente de um simples conjunto de “fatos jurídicos” (as decisões do órgão da aplicação), uma vez que a ela está imanente uma intenção, um projeto, bem como uma autorrepresentação que desenvolve a “narrativa” da época atual, com suas ideologias e seus instrumentos retóricos.

Cada prática persegue um resultado: a noção de “direito”, exatamente como a noção de “desenvolvimento”, vem submetida a uma análise crítica que visa desmentir a sua “aparente neutralidade” e recolocar a atenção na direção seguida pelas transformações ocorridas no panorama jurídico.

Nesse contexto, a produção normativa modifica os seus caracteres históricos e assume dois traços exteriores: a ausência de um “vínculo territorial estável”, por um lado, e o pluralismo dos sistemas jurídicos de referência, por outro.

No que diz respeito, sobretudo ao primeiro perfil, os atributos da transnacionalidade das instituições jurídicas sugerem a ideia de que tenha ocorrido uma superação da tradicional “medida territorial” do poder normativo (ou seja, o Estado Constitucional), mas que, ao mesmo tempo, não entrou em cena outra do tipo “fixo”, considerando a inclinação “aberta” e “progressiva” da maior parte dos processos de transformação.

Os aspectos jurídicos aos quais se dá ênfase predominante nesse processo de transformação são aqueles relacionados ao contencioso judiciário: por meio da análise das decisões dos principais tribunais nacionais, do Tribunal de Justiça Europeu e dos tribunais ligados aos organismos supranacionais, pode-se perceber o estabelecimento gradual de uma nova ordem das relações sociais. Esse processo se baseia em duas tendências jurídicas bem precisas: por um lado, a adaptação interpretativa à leitura dos direitos fundamentais dada pelo Tribunal de Justiça de Luxemburgo e seguida, sem mais resistências, pelos tribunais nacionais (sobretudo na Europa). Por outro lado, a ocorrência, cada vez mais frequente, de casos nos quais os juízes optam livremente em utilizar normas concebidas em outros países (*lex alii loci*) para interpretar o direito em vigor no seu próprio ordenamento jurídico interno. Isso é o que a doutrina chama de diálogo horizontal, ou seja, aplicação de norma não nacional sem a necessidade de processos de integração supranacional entre Estados. Também é um exemplo de diálogo horizontal a produção e a aplicação de normas jurídicas inerentes à matéria comercial, de informática e esportiva, como regras de conduta e que envolve o setor privado na ausência ou em substituição às regras do Estado.

Esse novo paradigma jurídico<sup>9</sup> permeia os tecidos normativos estatais, utilizando os canais que a própria globalização cria (*in primis* aqueles econômicos e judiciários) e subtraindo soberania às instituições “tradicionais”.<sup>10</sup> É a “linguagem dos interesses”, portanto, a fazer com que a fronteira entre *hard Law* (Constituição, leis, etc.) e *soft Law* (antecedentes judiciários, “programas de ajuste estrutural das finanças do Estado”, etc.) se torne sempre mais sutil e irrelevante<sup>11</sup>. A linguagem normativa transnacional se declara mais como motor de “convergências” e de “diálogos” que de diferenças: a retórica do cosmopolitismo esconde a conotação imperativa do direito global, aproveitando-se da ausência de um aparato de poderes públicos ao qual atribuir a função coercitiva e da presumida posição de igualdade dos sujeitos jurídicos. Caso se deixe de pensar o direito segundo

9 Sobre isso ver CRUZ, Paulo Márcio & BODNAR, Zenildo. **O novo paradigma de Direito na pós-modernidade**. Porto Alegre - RECHTD/UNISINOS. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 3, p. 75-83, 2011

10 Sobre isso ver CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, G. R. **Soberanía y transnacionalidad: antagonismos y consecuencias**. Barcelona - Revista de Derecho - España. Revista de Derecho vLex, v. 63, p. 1-, 2008.

11 MOSTACCI, Edmondo. **La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato**. Torino: CEDAM, 2010.

o esquema formal no qual foi representado a partir da época moderna e, ao contrário, examine-se o seu conteúdo com uma abordagem pragmática, ficará evidente que é no nível global que “a partida constituinte” é jogada. É para além dos limites do Estado que devem ser procuradas as “práticas comuns” que possam definir a nova esfera pública capaz de contrastar o tecnicismo da governança fundada na integração mercantil.

É justamente a partir desses pressupostos que o estudioso do direito deve, hodiernamente, realizar as suas investigações, a fim de sair de um formalismo dificilmente justificável hoje em dia. Deve indagar os “fatores” e não apenas os “fatos” do mundo jurídico. Neste sentido, a lógica dialética vem sendo considerada como o instrumento mais idôneo a dar respostas sobre a evolução histórica dos sistemas jurídicos e a identificar tendências dominantes que caracterizarão os seus aspectos futuros. Dessas premissas, desencadeia-se um quadro realmente complexo da juridicidade global em que a ignorância fundamental torna, hoje, completamente impotente a grande maioria dos juristas nacionais, que deveriam, em vez disso, ser as vestais da legalidade.

Mas como definir este novo campo de investigação? Alguns autores, não só em tempos recentes, utilizam a expressão “Direito Transnacional”, aportando colaborações teóricas para defini-la e caracterizá-la sem, no entanto, terem chegado a uma completa elaboração.

O objetivo do presente artigo é, também, colaborar para que se possam construir respostas para o que significa e por que é importante, hoje, investigar, teorizar e debater o Direito Transnacional.

## 2 NOSSAS REFLEXÕES

Partindo-se, portanto, das premissas acima declinadas e da hipótese de que as profundas mudanças ocorridas com a globalização solaparam de maneira irreversível as bases teóricas do Estado Constitucional Moderno, com sua pretensão de soberania, o que se objetiva é contribuir com reflexões iniciais destinadas ao necessário debate para a formação da base conceitual e de caracterização para a categoria Direito Transnacional.<sup>12</sup>

Para que se abra o debate sobre essa categoria, é fundamental considerar que a liberalização do mercado mundial, como escreve Habermas, progrediu muito. A mobilidade do capital acelerou e o sistema industrial foi modificado, saindo da produção de massa e passando a se adequar às necessidades da “flexibilidade pós-fordista”. Com os mercados cada vez mais globalizados, o equilíbrio alterou-se, prejudicando claramente a autonomia e a capacidade de ação político-econômica dos estados constitucionais modernos<sup>13</sup>.

É imperioso reconhecer o surgimento de fenômenos que alteram a compreensão tradicional e corrente das categorias modernas do Direito.

Essas alterações permitem projetar mudanças que, embora careçam de sustentação empírica, defluem de um consenso mínimo axiológico gerador de novos modelos.

Um dos primeiros pesquisadores modernos a utilizar esse termo foi Philip Jessup, em sua obra denominada **Transnational Law**<sup>14</sup>, em 1965, na Universidade de Yale. Nessa obra, Jessup tenta tratar dos problemas aplicáveis à comunidade mundial inter-relacionada, que principia com o indivíduo e alcança a sociedade de estados. Por considerar que a comunidade mundial estava criando laços cada vez mais complexos, esse autor entendia que a expressão Direito Internacional estaria superada e já não atendia às exigências conceituais da nova época que se desenhava.<sup>15</sup>

12 Trata-se também de um esforço teórico desenvolvido na construção das bases epistemológicas que estão sendo adotadas no Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da UNIVALI ([www.univali.br/ppcj](http://www.univali.br/ppcj)), tanto em sua área de concentração, denominada CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E PRODUÇÃO DO DIREITO, quanto em uma de suas linhas de pesquisa intitulada ESTADO E TRANSNACIONALIDADE.

13 HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Tradução de Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001. p. 99.

14 JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965. p. 12.

15 Para Jessup, o Direito Transnacional inclui todo o direito que regula ações ou eventos que transcendem fronteiras nacionais. Tanto o Direito Internacional Público quanto o Privado estão incluídos, assim como estão outras regras, que não se encaixam perfeitamente nessas categorias usuais.

Nesse sentido, consignou que utilizaria o termo Direito Transnacional para incluir todas as normas que regulassem atos ou fatos que transcendessem fronteiras nacionais.<sup>16</sup>

Jessup estava preocupado, na época, em não polemizar e evitava fazer afirmações que ensejassem discussões acadêmicas sobre a utilização do termo Direito Transnacional. Para evitar os longos debates, ele reduziu a noção dessa categoria como sendo apenas uma fonte mais abundante de normas com que se guiariam para além das fronteiras nacionais.

A proposta de Jessup gerou grande repercussão na academia norte-americana. Ainda hoje se encontram programas de estudos e publicações especializadas que empregam o termo "Transnational Law", no sentido abrangente por ele concebido, como, por exemplo, o **Columbia Journal of Transnational Law**. Merece também registro, a terminologia, que identifica o Direito Transnacional à nova *lex mercatoria*, a regulação privada das transações internacionais por modelos contratuais e práticas comerciais consolidadas.<sup>17</sup>

A citação de Jessup serve mais como ponto de inflexão, pois o que ele estava captando, na época, era o início do fenômeno que se convencionou chamar de globalização e consentindo sobre o surgimento de um complexo emaranhado de relações à margem da capacidade regulatória e de intervenção do Estado Constitucional Moderno. Essa proposição, até mesmo pelo contexto histórico em que foi formulada, é insuficiente para a discussão que se pretende empreender sobre o Direito Transnacional. Ao contrário do que pensava Jessup, nas primeiras décadas do Século XXI será fundamental o debate sobre o tema.

Atualmente, o Estado não consegue mais dar respostas consistentes à Sociedade diante da complexidade das demandas transnacionais que se avolumam continuamente. Os problemas sociais aumentam em proporções preocupantes.

Tudo leva a crer que o principal fator dessas crises cíclicas esteja localizado exatamente no próprio Estado Constitucional Moderno.

É também o fenecimento do conceito clássico da categoria Nação, na linha adotada por Ernest Gelner<sup>18</sup>, em sua obra **Naciones y Nacionalismos**. É uma crise da denominada Nação Jurídica, formada a partir da Nação Cultural e da Nação Política, como tratada por Gelner em sua obra.

O debate sobre o Direito Transnacional justifica-se, então, principalmente no fato de que o Direito Nacional e o Direito Internacional – mesmo considerando a criação de novas estruturas e organizações interestatais – não geraram mecanismos eficazes de governança, regulação, intervenção e coerção para as demandas transnacionais. Também o Direito Comunitário, que regula uma das manifestações da nova ordem mundial, caracterizada por novas relações e novas manifestações de atores e instituições, não apresenta bases teóricas suficientes para a caracterização de um ou mais espaços públicos transnacionais.

O que nos autoriza a estimular o debate sobre o Direito Transnacional é a necessidade da existência de espaços públicos transnacionais, ou seja, da criação de espaços públicos que possam passar estados nacionais.

Com base nos elementos de discussão política sobre a necessidade de se ter o Direito Transnacional como instrumento de limitação dos poderes transnacionais, é possível se especular que serão intensificados os processos de abdicação das competências soberanas dos estados constitucionais modernos.

O Direito Transnacional só fará sentido caso possa ser aplicado por instituições com órgãos e organismos de governança, regulação, intervenção, além de capacidade fiscal em diversos âmbitos transnacionais, como em questões ambientais, financeiras, circulação de bens e serviços, dentre outros não menos importantes.

A atuação dos órgãos e dos organismos transnacionais se daria em âmbitos difusos transnacionais, como na questão ambiental, na manutenção da paz, nos direitos humanos, dentre outros, a exemplo dos instrumentos de atualmente existentes, como anteriormente mencionados.

16 JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965. p. 12.

17 STRENGER, Irineu. **Direito do comércio internacional e lex mercatoria**. São Paulo: LTR, 1996. Disponível em: <<http://www.transnational-law.net/>>.

18 GELNER, Ernest. **Naciones y nacionalismos**. Madrid: Alianza, 1997. p. 62.

Esse “mundo novo” criado pela transnacionalização das relações de poder, impulsionado por organizações transnacionais privadas, sugere ainda que haja a implantação gradativa de instrumentos de democracia transnacional, participativa, deliberativa e solidária. Desde o colapso da União Soviética, observou-se um importante processo gradativo de adoção de democracias liberais capitalistas em quase todas as partes do mundo. Mesmo a chamada Primavera Árabe pode ser inserida neste movimento.<sup>19</sup>

Outro aspecto importante a ser discutido deve ser a capacidade do Direito Transnacional de ser aplicada coercitivamente, como característica fundamental, a fim de garantir a imposição dos direitos e dos deveres estabelecidos democraticamente a partir do consenso, superando, assim, uma das principais dificuldades de atuação do Direito Nacional e, principalmente, do Direito Internacional.

Esses elementos de discussão sugerem que a utilização do prefixo *trans* indique que o Direito Transnacional estaria destinado a perpassar vários estados/territórios. Denotaria ainda a capacidade não apenas da justaposição/transposição de espaços territoriais, mas a possibilidade da emergência de novas instituições multidimensionais, objetivando a produção de respostas satisfatórias aos fenômenos globais contemporâneos, principalmente na limitação e na “republicanização”<sup>20</sup> dos novos poderes deles surgidos.

Dessa forma, a expressão latina *trans* significaria algo que vai “além de” ou “para além de”, a fim de evidenciar a superação de um *locus* determinado, que indicaria que são perpassadas diversas categorias unitárias, num constante fenômeno de desconstrução e construção de significados.

Diversamente da expressão *inter*, a qual sugere a ideia de uma relação de diferença ou apropriação de significados relacionados, o prefixo *trans* denota a emergência de um novo significado construído reflexivamente a partir da transferência e da transformação dos espaços e dos modelos nacionais. É como Ulrich Beck manifesta-se, ao escrever que a transnacionalização é uma conexão forte entre os espaços nacionais, inclusive de modo que não seja pensado internacionalmente, e sim no surgimento de algo novo, de um espaço “*transpassante*”, que já não se encaixa nas velhas categorias modernas.<sup>21</sup>

Desde esse ponto de vista, Arnaldo Miglino, em artigo denominado **Una Comunità Mondiale Per la Tutela Dell´Ambiente**<sup>22</sup>, afirma que existe um problema que provavelmente levará à criação de centros de poder transnacional os quais superem a ideologia e a estrutura jurídica das relações internacionais: o problema ecológico. Segundo ele, basta recordar como a emissão de gases estufa (dióxido de carbono, óxido nitroso, metano, perfluorcarbonetos, hidrofluorcarbonetos, hexafluoreto de enxofre) favoreceu o aquecimento climático, para compreender como é urgente salvar o equilíbrio ambiental.

Já o adjetivo “nacional” indica a existência de uma coletividade, que é algo mais que um mero agrupamento de indivíduos: supõe-se aceitar que esta coletividade tem características próprias, que justificam sua organização como Estado. O conceito de Nação como elemento formador do Estado consolidou-se na obra de Emmanuel Joseph Sieyès e na sua teoria do Poder Constituinte.<sup>23</sup>

Os novos poderes transnacionais, presentes na nova ordem mundial, influenciada por diversos fatores decorrentes da intensificação do fenômeno da globalização, torna oportuna e necessária a discussão sobre o Direito Transnacional, que viabilize a democratização das relações entre estados fundada na cooperação e na solidariedade, com o intuito de assegurar a construção das bases e das estratégias para a governança, a regulação e a intervenção transnacionais, como já referidas anteriormente. Nesse sentido, Tomas Villasante<sup>24</sup> sugere que a “internalização” do Poder Público da modernidade provavelmente cederá passo ao processo para sua transnacionalização.

19 Sobre o isso se recomenda a leitura de OLIVIERO, Maurizio. **Il costituzionalismo dei paesi arabi**. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.

20 Sobre isso ver CRUZ, Paulo Márcio. **Sobre el principio republicano - About the republican principle**. Barcelona - Revisa de Derecho - Espanha. Revista de Derecho vLex, v. 63, p. 1-10, 2008.

21 BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 100.

22 MIGLINO, Arnaldo. **Una comunidade mondiale per a tutela dell´ambiente**. Revista Archivo Giuridico, v. CCXXVII – Fascicolo IV – 2007, editada por Filippo Serafini, e publicada pela Mucchi Editore, em Roma, Itália.

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

24 VILLASANTE, Tomas. **Las Democracias Participativas**. Madrid: HOAC, 2003. p. 63.



O Direito Transnacional poderá ver o outro não como oposto exclusivo e excludente, mas como elemento integrante da sua própria realidade. A “diferença” deixa de ser vista como algo destrutivo ou ruim, passando a ser vista como algo complementar, que define o universo em que nos encontramos.<sup>25</sup>

A dimensão humana continuaria sendo relevante não apenas como um vínculo que se estabeleceria com determinado Estado ou pela relação de sujeição ao poder estatal. O Direito Transnacional, por suas características axiológicas, existiria numa perspectiva ampliada, inclusiva e solidária que não vê o cidadão como mero depositário de uma pseudosoberania.

O Direito Transnacional, que seria destinado a limitar poderes transnacionais, estaria “desterritorializado”, sem uma base física definida, o que é uma das circunstâncias que molda o cenário transnacional, especialmente porque diz respeito ao aspecto além fronteira, pois não é o espaço estatal nacional e também não é espaço que está acima dele ou entre eles. Está para todos eles ao mesmo tempo, ou seja, desvinculado da delimitação precisa do âmbito territorial em que o Direito Nacional tenta exercer soberania e tenta impor coercitivamente as suas leis.

A “desterritorialização” das discussões sobre o Direito Transnacional acontece em virtude da existência inconteste de estruturas de poder econômico, político, social e cultural transnacional descentrado, sem qualquer localização neste ou naquele lugar, região ou estado. Estão presentes em muitos lugares.<sup>26</sup> Não obstante, nessas nossas reflexões, como já foi acima exposto, preferimos utilizar expressão “Direito Transnacional” num sentido mais restrito do que o empregado por Jessup, sem englobar outras formas de regulação além-fronteiras, como o Direito Internacional Público, e mais abrangente do que a *lex mercatoria*, vinculando-se a novos espaços de regulação que surgiriam com o Direito Transnacional.

Assim como o Direito emanado do Estado Constitucional Moderno foi formado a partir de normas jurídicas inter-relacionadas – de forma que cada uma delas tivesse sentido com relação às demais, com o sistema determinando a posição e o significado de cada um de seus elementos –, o Direito Transnacional tenderia a agregar essa mesma lógica para ser um ordenamento jurídico que transpasse vários estados nacionais, com capacidade própria de aplicação coercitiva por uma estrutura organizativa transnacional.<sup>27</sup>

O ordenamento jurídico transnacional tenderia a aparecer como um conjunto ou sistema, no sentido de que suas normas responderiam a pautas axiológicas comuns, que justificariam sua consideração como um todo e que atualmente são praticamente impossíveis de serem alcançadas pelos direitos nacionais, comunitários e internacionais.

Considerando-se que toda organização jurídica supõe um ordenamento ou conjunto de normas coordenadas, que tornam possível sua própria existência e funcionamento, o ordenamento jurídico transnacional dificilmente não acompanharia essa lógica. O ordenamento jurídico transnacional apresentaria características próprias, capazes de limitar os novos poderes transnacionais, em espaços de governança regulatória e de intervenção até agora inexistentes.

Estas linhas comuns derivariam da mesma necessidade de tratar de temas transnacionais impossíveis de serem alcançados pelos direitos nacionais.

Assim sendo e considerando-se os tipos de poderes atualmente existentes nesses espaços transnacionais, seriam possíveis características de um Direito Transnacional:

a) Quanto ao seu *conteúdo*, o ordenamento jurídico transnacional seria a expressão de todas as nações jurídicas a ele submetidas.<sup>28</sup> Com isto se pode teorizar que este ordenamento tenderia a refletir a vontade política de uma comunidade quanto a seus valores e objetivos essenciais, ou seja, as decisões básicas que confeririam unidade e coerência à sua organização. Estas decisões versariam sobre os valores nos quais se funda (como a questão ambiental, direitos humanos, paz

25 BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 100.

26 IANNI, Octávio. **A sociedade global**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995. p. 23.

27 Sobre este tema sugere-se a leitura de: CANARIS, Wilhelm – Claus. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002 e FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

28 Sobre isso ver a obra CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 181 e seguintes.

mundial e solidariedade) e sobre a distribuição do poder social e político. O ordenamento jurídico transnacional tenderia a um reflexo da realidade material obtida por meio das decisões políticas dos estados e suas respectivas nações jurídicas. É esta realidade que torna possível falar em ordenamento jurídico transnacional ou Direito Transnacional;

b) Quanto à sua *forma*, a unidade do ordenamento jurídico transnacional provavelmente se traduzirá num sistema ordenado de produção de normas jurídicas. Estas seriam formal e materialmente válidas à medida que fossem geradas ou produzidas de acordo com os procedimentos e pelos órgãos previamente estabelecidos no respectivo espaço público transnacional. Como consequência, o ordenamento jurídico transnacional se configuraria de forma escalonada.

Na prática, é bem provável que a validade de todo o sistema jurídico transnacional dependerá de sua vinculação – formal e material – à existência de organização de governança transnacional, que definiria tanto os valores e as decisões básicas do ordenamento como o sistema de criação e aplicação das normas que o integrariam, a partir principalmente do consenso.

O Direito Transnacional seria matizado pela necessidade da emergência de novos espaços públicos, que tornariam concretas e efetivas as estratégias transnacionais de governança, regulação e intervenção, e que resultariam em proteção a direitos transnacionais baseados em pauta axiológica comum, em especial os difusos.

O que foi articulado até aqui nos remete necessariamente à discussão sobre a realidade mundial formada com a rede global e promovida pela hegemonia capitalista consolidada a partir de 1989, que permitiu o surgimento desse “mundo novo”, uma espécie de continente não investigado que se abre a uma terra de ninguém transnacional, a um espaço que perpassa o nacional e o local, para usar expressão próxima à utilizada por Ulrich Beck.<sup>29</sup> Isso pode ser percebido na relação dos estados para com as empresas multinacionais, o que acaba exigindo a emergência de um Direito Transnacional, por conta da persecução de uma pauta axiológica, que transita desde a questão ambiental até a luta pela ampla proteção e defesa dos direitos humanos.

Autores contemporâneos, como Jean-Marie Guéhenno<sup>30</sup>, vislumbram o advento da era global como o fenecimento do Estado Constitucional Moderno e, com ele, a insuficiência da democracia representativa e de boa parte da construção teórica sobre o Estado e o Direito da modernidade. Já não existem grandes decisões das quais possam derivar pequenas decisões, nem fronteiras das quais emanem regulamentos específicos. Assim como as comunidades não estão mais “contidas” na região, a própria região não está mais abarcada pelo estado. A crise do poder determinado espacialmente encontra, desse modo, sua expressão na busca por decisões. As decisões já não são mais tomadas de forma linear, no sentido de que cada corporação possui uma competência bem definida, mas sim se decompõem em diferentes fragmentos, e o tradicional debate político e as disputas sobre princípios e diretrizes, ideologias ou ordenamento social pulverizam-se. Isso é o fiel reflexo da fragmentação do processo de decisão, com a sua progressiva “desterritorialização” e “desestatização”.

Também é válido sugerir que o Direito Transnacional coabitará com o Direito Nacional – e não negaria a sua existência – e assim poderá libertar-se da armadilha territorial e da soberania moderna. Essa nova percepção transformaria a norma e a organização do Direito Transnacional na chave de uma redefinição e uma revitalização do político, não apenas como Estado, mas também como Sociedade Civil.

A existência de um Direito Transnacional, portanto, permitiria o compartilhamento solidário de responsabilidades para a garantia, principalmente, da questão ambiental. As intensas mudanças que redundaram na atual sociedade de risco exigem também novas estratégias em todos os âmbitos do conhecimento humano, entre eles as ciências política e jurídica.

### 3 PARA TERMINAR

Está claro que as complexas demandas da realidade transnacional não estão sendo adequadamente atendidas pelas instituições nacionais e internacionais, fato este que potencializa situações de riscos e ameaças a bens transnacionais fundamentais.

29 BECK, Ulrich. **La mirada cosmopolita o la guerra es la paz**. Barcelona: Paidós, 2005. p. 97.

30 GUÉHENNO, Jean-Marie. **El fin de la democracia: La crisis política y las nuevas reglas del juego**. Barcelona: Paidós, 1995. p. 97.



Neste contexto de crise multidimensional, surge um cenário extremamente receptivo para a emergência de novas instituições políticas e jurídicas que sejam capazes de agregar e articular atitudes solidárias e cooperativas envolvendo as pessoas, as instituições e os estados na luta pela proteção de bens e valores imprescindíveis para assegurar a vida plena, duradoura e, portanto, sustentável, no planeta.<sup>31</sup>

É também importante salientar que se está vivendo uma acelerada etapa de transição a novas formas de organização em escala planetária. Nesse contexto, a globalização só terá sentido e será verdadeiramente universal se for capaz de estruturar e criar um conjunto de relações de um novo tipo, mais solidário, inclusivo e democrático, tendo em vista que nada foi construído pela humanidade sem um sonho ingênuo ou horizonte utópico de sentido. Uma espécie de “republicanização da globalização”, como já citado anteriormente<sup>32</sup>.

Certamente que não se está pensando que será fácil tratar de um assunto com essa complexidade e essa capacidade de gerar polêmica. O que não se pode é continuar por mais tempo nesta “racionalidade irracional”, na qual está mergulhado o mundo de hoje. Está-se diante de uma singular oportunidade histórica: configurar novos espaços públicos que possam ser aplicados além-fronteiras e que incluam o local, o regional e o mundial. Espaços públicos que sejam sensíveis ao ser humano e propensos a dotar todas as pessoas de um mínimo de bem-estar e dignidade.<sup>33</sup>

Tem-se a sensação de que se está saindo deste ciclo político que dominou os últimos dois séculos, mas a falta de alternativa está levando o mundo a essa condição sem precedentes e não há evidências capazes de sugerir, ainda, quais serão os termos futuros da confrontação política atual.

A existência do capitalismo transnacional e suas crises é uma realidade muito difícil de ser questionada, assim como é difícil negar a existência de uma nova produção integrada e de um novo sistema financeiro global. Como escreve Michel Bachelet<sup>34</sup>, a menos que a sociedade mundial aperfeiçoe e, sobretudo, aplique as normas de uma solidariedade multissetorial à escala de todos os habitantes do planeta, populações inteiras desaparecerão pura e simplesmente pelos efeitos conjugados das doenças ligadas à desnutrição e dos jogos da economia mundial. Ou de uma “irresponsabilidade organizada”, expressão utilizada por Ulrich Beck.

A produção capitalista globalizada tornou-se fragmentada em número incalculável de fases e em constante mudança, descentralizadas e dispersas ao redor do planeta. Por outro lado, os segmentos distintos são funcionalmente integrados em amplas correntes de produção, distribuição e consumo. Cada economia nacional autônoma está sendo reestruturada e integrada externamente para que seja uma parte constituinte do sistema de produção global.

Nota-se, portanto, que o capitalismo foi reorganizado em uma nova estrutura de redes, que se estendem pelo globo. O capital transnacional está no topo dessas redes globais e o capital local e o nacional não podem competir com ele.

Logo, é evidente que há uma nova configuração de poder transnacional, e é nesse contexto que deve emergir o Direito Transnacional, como solicitação e necessidade dessa nova época.

O capital transnacional exercita a sua autoridade política utilizando o aparato de cada Estado e por meio da transformação das organizações internacionais existentes, tais como as antigas instituições de Bretton Woods ou as agências do sistema das nações Unidas e utiliza também instituições mais recentes, como a Organização Mundial do Comércio. O capital transnacional passou, então, a converter o poder estrutural da economia global sobre os países e sobre as classes trabalhadoras, em cada estado, em influência política direta por meio do aparato capitalista transnacional.<sup>35</sup>

---

31 BODENAR, Zenildo & CRUZ, Paulo Márcio. **A atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas ambientais**. São Paulo: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, v. 5, p. 269-286, 2011. P. 272.

32 CRUZ, Paulo Márcio. **Sobre el principio republicano** - About the republican principle. Barcelona - *Revista de Derecho* - Espanha. *Revista de Derecho vLex*, v. 63, p. 1-10, 2008.

33 Sobre isso ver BODENAR, Zenildo & CRUZ, Paulo Márcio. **O novo paradigma do direito na pós-modernidade**, quinta página do artigo.

34 BACHELET, Michel. **Ingerência Ecológica: Direito Ambiental em questão**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 68.

35 O Fundo Monetário Internacional (FMI), por exemplo, quando impõe programas de ajuste estrutural que abrem um dado país para a entrada do capital transnacional, o que implica subordinação da força local de trabalho e na exploração de riquezas pelo capitalismo transnacional, está operando como instituição transnacional.

Em contrapartida, os estados respondem às demandas do capital transnacional, mas não são capazes, por falta do necessário espaço público transnacional, de transformar em bem-estar para a população a riqueza que circula todos os dias por entre suas fronteiras. O Estado não consegue regular o sistema de acumulação capitalista e, assim, não cumpre suas funções sociais. Desta forma, não consegue absorver e responder às atuais demandas causadas pela sociedade de risco global. A crise econômica que derrete empregos por todo planeta é prova disso.<sup>36</sup>

Por essas questões econômicas, o Direito transnacional estaria por entre as soberanias e com fontes normativas originadas além das fronteiras nacionais, regulando efetivamente os atuais contextos transnacionais, que atualmente não se submetem ao reconhecimento externo ou à recepção formal pelos estados e que utilizam sanções econômicas aleatórias para alcançarem seus objetivos, caracterizando um ambiente de completa renúncia aos parâmetros mínimos de humanidade.

A emergência de novas estratégias globais de governança transnacionais, baseadas num paradigma de aproximação entre povos e culturas, na participação consciente e reflexiva do cidadão na gestão política, econômica e social, poderá ser um projeto de civilização revolucionário e estratégico de futuro, pautado na consciência crítica acerca da finitude dos bens ambientais e na responsabilidade global e solidária pela sua proteção, sua defesa e sua melhora contínua de toda a comunidade de vida e dos elementos que lhe dão sustentação e viabilidade.

Um mundo globalizado pressupõe novas relações de interdependência, novas necessidades, problemas e desafios igualmente novos. Pressupõe ainda novas ferramentas capazes de fazer frente aos seus atuais desafios.

Esse novo projeto de civilização provavelmente passará pela reabilitação do político, do jurídico, do social e do cultural contra a hegemonia da razão econômica. Isso implica uma redefinição ou, mais exatamente, um redescobrimto do bem comum, de um saber existir juntos e de um novo sentido para a aventura de viver.

## REFERÊNCIAS

BACHELET, Michel. *Ingerência Ecológica: Direito Ambiental em questão*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

BARCELLONA, Pietro, *Il declino dello Stato*. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno. Bari: Dédalo: 2006.

BECK, Ulrich. *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*. Barcelona: Paidós, 2005.

\_\_\_\_\_. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2002.

\_\_\_\_\_. *Liberdade ou capitalismo*. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

\_\_\_\_\_. *Qué es la globalización: falácias del globalismo, respuestas a la globalización*. Tradução de Bernardo Moreno y María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2004.

CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e estado contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2003.

\_\_\_\_\_. CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, G. R. *Soberanía y transnacionalidad: antagonismos y consecuencias* - Barcelona - Revista de Derecho - Espanha. Revista de Derecho vLex, v. 63, p. .1-., 2008.

\_\_\_\_\_; CRUZ, Paulo Márcio. *Sobre el principio republicano* - About the republican principle. Barcelona - Revisa de Derecho - Espanha. Revista de Derecho vLex, v. 63, p. 1-10, 2008.

\_\_\_\_\_; BODNAR, Zenildo. *O novo paradigma de Direito na pós-modernidade* - Porto Alegre - RECHTD/ UNISINOS. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 3, p. 75-83, 2011

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del mas débil*. Tradução de Andréa Greppi. Madrid: Alianza, 1999.

36 Sobre isso ver CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, G. R. A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica - *Revista UERJ*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), v. 1, p. 1-23, 2011.

FRIEDMAN, Lawrence M. Borders: On the Emerging Sociology of Transnational Law. **Stanford Journal of International Law**, v. 32, 1996.

GUÉHENNO, Jean-Marie. **El fin de la democracia**: La crisis política y las nuevas reglas del juego. Barcelona: Paidós, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Tradução de Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001.

IANNI, Octávio. **A sociedade global**. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

GELNER, Ernest. **Naciones y nacionalismos**. Madrid: Alianza, 1997.

GRECO, Marco Aurélio. Globalização e tributação da renda mundial. **Revista Fórum de Direito Tributário**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 75-90, mar./abr. 2003.

JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.

MATTEI, Ugo; LUCARELLI, Alberto, MARCOU, Gérard. **Il diritto pubblico tra crisi e ricostruzione**. Roma: Deastore, 2009.

\_\_\_\_\_. **La legge del più forte**. San Casciano: Libro Co, 2010.

\_\_\_\_\_; NADER, Laura. **Il saccheggio**. Regime di legalità e trasformazioni globali. Milano: Bruno Mondadori, 2010.

MIGLINO, Arnaldo. Uma comunidade mundial para a tutela dell'ambiente. Revista **Archivio Giuridico**, v. CCXXVII – Fascicolo IV – 2007, editada por Filippo Serafini, e publicada pela Mucchi Editore, em Roma, Itália.

MOSTACCI, Edmondo. **La soft law nel sistema delle fonti**: uno studio comparato. Torino: CEDAM, 2010.

OLIVIERO, Maurizio. **Il costituzionalismo dei paesi arabi**. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.

PASTOR VERDÚ, Jaime; DE BLAS GUERRERO, Andrés. **Fundamentos de ciência política**. Madrid: Facultad Nacional de Educación a Distancia, 1997.

REAL FERRER, Gabriel. La construcción del Derecho Ambiental. *In*: **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**. Pamplona: Espanha, n. 1, 2002. p. 73-93. Disponível em: [http://www.dda.ua.es/documentos/construccion\\_derecho\\_ambiental.pdf](http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf). p. 25. Acesso em: 20 jan. 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. A escala do despotismo. **Revista Visão**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006.

STRENGER, Irineu. **Direito do comércio internacional e lex mercatoria**. São Paulo: LTr, 1996.

VILLASANTE, Tomas. **Las Democracias Participativas**. Madrid: HOAC, 2003.