

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

MAURÍCIO PEDROSO FLORES

**O DIREITO DAS AUTORIDADES PÚBLICAS TRANSNACIONAIS:
uma perspectiva crítica sobre questões de legitimação**

São Leopoldo

2023

MAURÍCIO PEDROSO FLORES

**O DIREITO DAS AUTORIDADES PÚBLICAS TRANSNACIONAIS:
uma perspectiva crítica sobre questões de legitimação**

Tese apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Doutor em Direito, pelo
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos -
UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. José Rodrigo Rodriguez

São Leopoldo

2023

F634d

Flores, Maurício Pedroso.

O direito das autoridades públicas transnacionais : uma perspectiva crítica sobre questões de legitimação / Maurício Pedroso Flores. – 2023.

282 f. : il. ; 30 cm.

Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2023.

“Orientador: Prof. Dr. José Rodrigo Rodriguez”

1. Autoridades públicas transnacionais. 2. Governança global. 3. Legitimação. 4. Teoria crítica. 5. Teoria do direito. I. Título.

CDU 34

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Bibliotecária: Silvana Dornelles Studzinski – CRB 10/2524)

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “**O DIREITO DAS AUTORIDADES PÚBLICAS TRANSNACIONAIS: uma perspectiva crítica sobre questões de legitimação**”, elaborada pelo doutorando **Maurício Pedroso Flores**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 31 de março de 2023.



Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. José Rodrigo Rodriguez _____ *Participação por Webconferência*

Membro Externo: Dr. Tércio Sampaio Ferraz Júnior _____ *Participação por Webconferência*

Membro Externo: Dr. Samuel Rodrigues Barbosa _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Guilherme de Azevedo _____ *Participação por Webconferência*

AGRADECIMENTOS

Os últimos quatro anos certamente não estiveram entre os mais auspiciosos para se fazer um doutorado (ou praticamente qualquer coisa) no Brasil. Em poucos momentos estar ao lado de pessoas que amamos foi tão importante.

Agradeço a meus pais, Nadir Elisabete e Nilson, pelo apoio incondicional em diversos aspectos, apoio sem o qual essa caminhada de quatro anos não chegaria a seu destino.

À Simone, por ser minha família geográfica e emocional nesse anos marcados por incertezas e dificuldades, mas que por conta de nosso companheirismo também foram cheios de alegria e esperança.

À Juliana, pelo carinho de sempre e pelo exemplo de coragem para buscar novas iniciativas. A Lorenzo, ser amoroso que me faz lembrar sempre o quanto a vida vale a pena ser vivida. À toda minha família, em especial minha madrinha Sandra e meus tios Maria Elena e Otávio, pessoas incrivelmente generosas e afetuosas.

Aos amigos e amigas que dão cor e sentido à caminhada da vida, em especial Harry, Matheus, Josué, Dora, Lorena, Vinícius e Fabiano, que estiveram e estão sempre comigo, seja fisicamente ou em pensamento.

Agradeço a meu orientador, José Rodrigo Rodriguez, pela inspiração teórica, o incentivo ao pensamento autônomo e a confiança depositada no meu trabalho. À Capes e a Unisinos pelo apoio institucional sem o qual essa tese jamais poderia ser realizada. Agradeço também à banca de qualificação que contribuiu decisivamente para o destino desse trabalho, em especial aos professores Anderson Teixeira e Paul Schiff Berman e à professora Andrea Hoffmann.

A Alfredo pela escuta atenciosa e o inestimável apoio prestado durante os últimos anos. A Miguel Angelo e Rodrigo Dias pelos valorosos debates acadêmicos e não acadêmicos. À Prof. Bia pelo acolhimento sempre caloroso e afetuoso, onde quer que seja.

E, finalmente, um agradecimento especial a Albano, amigo e referência de ser humano para mim e para muita gente, que infelizmente não está mais aqui para ver onde essa caminhada me levou, mas que foi fundamental para que ela começasse.

“Amarram-se os bois pelos chifres; os homens, pelas palavras”

Antoine Loysel

RESUMO

Autoridades públicas transnacionais tem se estabelecido como importantes instituições de governança em diferentes áreas e problemas regulatórios, de modo que seu exercício efetivo de poder levanta questões acerca das condições de sua legitimação. Essas autoridades não podem recorrer a raciocínios tradicionais sobre validade do direito que em boa parte sustentam a visão de que Estados e organizações do sistema interestatal são legítimos. Uma vez que elas não podem explicar seu exercício de autoridade nem com base no direito estatal e nem por meio das formas clássicas do direito internacional, novas formas de legitimação precisam ser consideradas. O objetivo principal desta tese é mostrar que essas formas ainda podem ser investigadas sob a perspectiva da teoria do direito, desde que ela renuncie a alguns pressupostos tradicionalmente ligados a visões jurídicas estatistas. Assim, o primeiro capítulo busca estabelecer uma visão jurídica compatível com a emergência de fenômenos jurídicos transnacionais. As concepções de significado jurídico e multinormatividade desempenham um papel central nessa argumentação. Em seguida, o segundo capítulo alarga sua perspectiva inicialmente ligada à teoria do direito de forma a considerar os debates interdisciplinares sobre legitimação nas diferentes instituições que compõem a chamada governança global. As observações feitas nessa parte culminam no estabelecimento de uma visão coerente com a metodologia adotada pelo trabalho, representada pela Teoria Crítica de inspiração frankfurtiana. Finalmente, o terceiro capítulo adentra mais propriamente nas dinâmicas regulatórias das autoridades públicas transnacionais, e aborda as possíveis relações entre direito e legitimação nesse âmbito a partir da discussão de cinco temas que consideramos como fundamentais à luz da visão jurídica multinormativa e crítica que desenvolvemos nos capítulos anteriores: desenhos institucionais, procedimentos de legitimação, *rule of law*, democracia e a ideia de emancipação.

Palavras-chave: Autoridades públicas transnacionais. Governança global. Legitimação. Teoria Crítica. Teoria do direito.

ABSTRACT

As transnational public authorities have been established as institutions of governance of significant relevance within different regulatory areas and issues, their actual exercise of power raises questions about their legitimacy conditions. Resort to traditional reasonings about validity of law, that largely supports the view that states and interstate organizations are legitimate, are unavailable to these authorities. Since they cannot explain their exercise of authority either on the basis of state law or through classical international law, new forms of legitimation need to be assessed. The main objective of this thesis is to show that these forms can still be investigated from a legal theory perspective, insofar it abandons some assumptions traditionally linked to statist legal views. Thus, the first chapter seeks to establish a legal perspective compatible with the emergence of transnational legal phenomena. The conceptions of legal meaning and multinormativity play a central role in the argument. Then, second chapter expands its legal theory perspective to take account of the interdisciplinary debates over legitimation issues of different global governance institutions. The observations made in this part culminate in the establishment of a coherent vision with the methodology adopted by this work, which is the Frankfurtian-inspired Critical Theory. Finally, third chapter goes more specifically into the regulatory dynamics of transnational public authorities, and addresses possible relationships between law and legitimacy within it based on five themes regarded as central in light of the multinormative and critical legal vision that we have developed in the previous chapters: institutional designs, legitimation procedures, rule of law, democracy and the idea of emancipation.

Key-words: Critical theory. Global Governance. Legal theory. Legitimation. Transnational public authorities.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Posições de teoria do direito	101
Figura 2 – O trilema do direito global	198
Figura 3 – Mapa Teórico Roth-Isigkeit	199
Figura 4 – Condições de legitimação nas autoridades públicas transnacionais	222

LISTA DE SIGLAS

BCBS	Comitê de Supervisão Bancária de Basileia (Comitê da Basileia)
CGI	Conselho Gestor da Internet
COI	Comitê Olímpico Internacional
CONAR	Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária
CUSMA	Canada-United States-Mexico Agreement (antigo NAFTA)
DAG	Direito Administrativo Global
EASA	European Advertising Standards Alliance
FIFA	Federação Internacional de Futebol
FMI	Fundo Monetário Internacional
FSC	Conselho de Manejo Florestal
GAC	Governmental Advisory Committee (da ICANN)
IANA	Internet Assigned Numbers Authority
ICANN	Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números
ICoCA	International Code of Conduct Association
IPCC	Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas
ISDA	International Swaps and Derivatives Association
ISO	Organização Internacional de Normatização
ITU	Organização Internacional de Telecomunicações
MSC	Conselho de Manejo Marinho
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OTCA	Organização do Tratado de Cooperação Amazônica
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMS	Organização Mundial da Saúde
PISA	Programa Internacional de Avaliação de Alunos (da OCDE)
STF	Supremo Tribunal Federal
TAS	Tribunal Arbitral do Esporte
TPR	Regulador privado transnacional
URDP	Política uniforme sobre resolução de disputas sobre nomes de domínio
WADA	Agência Mundial Antidoping
WGIG	Working Group on Internet Governance
WSIS	World Summit on the Information Society

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
1.1 Metodologia.....	18
1.2 Estrutura da tese.....	23
2 TEORIA DO DIREITO E FENÔMENOS JURÍDICOS TRANSNACIONAIS	28
2.1 Direito global/transnacional?	35
2.2 Onde está o direito?.....	53
2.3 A resiliência do pluralismo jurídico.....	67
2.4 Significado jurídico e multinormatividade	83
2.5 O status contemporâneo do direito internacional	103
2.6 Contestando pressupostos teóricos sobre autoridade, legalidade e legitimidade	115
3 QUESTÕES DE LEGITIMAÇÃO NO ESPAÇO REGULATÓRIO TRANSNACIONAL.....	132
3.1 A emergência da governança global	142
3.2 Pressões por democratização: da cidadania transnacional à adoção de padrões de legalidade.....	162
3.3 Constitucionalismo para além do Estado?	177
3.3.1 Constitucionalização em sentido forte.....	180
3.3.2 Visões alternativas sobre o constitucionalismo	187
3.4 Em busca de um ponto de vista crítico	197
4 LEGALIDADE E LEGITIMAÇÃO NO ÂMBITO DAS AUTORIDADES PÚBLICAS TRANSNACIONAIS.....	212
4.1 Desenhos institucionais	220
4.2 Procedimentos de legitimação	229
4.3 Rule of law transnacional?.....	234
4.4 A democracia ainda tem uma chance?	242
4.5 A ideia de emancipação.....	246
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	259
REFERÊNCIAS	266

1 INTRODUÇÃO

Se esta tese fosse um filme, ela poderia começar no começo dos anos noventa, em uma sala cheia de computadores na Califórnia onde um homem de óculos e barba comprida, por volta de seus cinquenta anos, executa sozinho uma série de tarefas dispostas a manter o funcionamento de uma tecnologia ainda incipiente, pouco conhecida em grande parte do mundo, chamada internet. E então, logo após uma mensagem alertando o público de que alguns anos se passaram, o filme poderia mostrar um homem mais jovem, imberbe e de aspecto pálido, respondendo de forma lacônica a uma série de questionamentos feitos em uma sessão pública no Congresso dos Estados Unidos, em Washington.

Ou então poderíamos voltar um pouco mais no tempo e filmar a primeira cena no térreo de um sobrado de dois andares em Genebra, onde cinco pessoas trabalham para estabelecer uma organização de padronização com mais ambições do que seu modesto orçamento inicial parece capaz de permitir. A cena seguinte, décadas depois, poderia mostrar um navio sendo carregado com centenas de contêineres exatamente do mesmo tamanho em um porto qualquer no Brasil, na África do Sul ou em Hong Kong.

As cenas da Califórnia e de Genebra transmitem a mensagem do nascimento pouco ruidoso de dois projetos humanos que exemplificam o tema central desta tese: as autoridades públicas transnacionais. No primeiro caso, um dos pioneiros da internet, chamado Jon Postel, executa praticamente sozinho a função de alocar os nomes e números da recém-nascida *World Wide Web*, garantindo que ao se digitar determinado endereço se chegará a uma determinada página da internet. Pouco tempo depois, com o crescimento exponencial da utilização da internet, o que tornou a tarefa absolutamente impraticável para uma única pessoa, seria criada uma instituição determinada para regular este e outros aspectos essenciais do espaço digital: a ICANN. No segundo caso, vemos os primeiros passos da ISO, organização que hoje emite uma quantidade considerável de normas de padronização que permitem, entre outras coisas, que atividades econômicas e científicas sejam melhor desenvolvidas em escala global.

Tanto a internet como a atividade de padronização tomaram proporções que Jon Postel e os funcionários pioneiros da ISO não poderiam prever com exatidão. É isso que a emblemática cena da oitava de Mark Zuckerberg no âmbito do escândalo envolvendo a empresa *Cambridge Analytica* ou a cena mais ordinária do cotidiano portuário são capazes de sintetizar. O que fica de mote para o desenvolvimento do filme, ou da tese, é o que pode ter acontecido para que se passasse da primeira para a segunda cena. Em ambos os casos, a ligação entre as duas cenas pode ser explicada respondendo-se à seguinte questão: de que

modo regulações transnacionais como a ICANN e a ISO podem exercer autoridade de forma legítima?

Para compreender a dimensão dessa pergunta, precisamos primeiro retomar o panorama mais geral no qual ela se insere. Diversas áreas da nossa vida social têm se orientado cada vez mais por regulações jurídicas internacionais e transnacionais. Os esforços para lidar com a crise sanitária provocada pela Covid-19 atestaram isso de forma dramática. Subitamente, recomendações globais emitidas pela Organização Mundial da Saúde (OMS) passaram a servir de parâmetro para a adoção de medidas por parte de governos nacionais e estaduais, mas também auxiliaram a orientar – às vezes sem a mediação de autoridades locais – comportamentos de indivíduos pouco ligados a qualquer arranjo de “governança global”, como pequenos comerciantes ou profissionais de serviços.

Regulações como essas, que se disseminam para além de fronteiras nacionais, foram historicamente entendidas sob os auspícios do direito internacional como o resultado de consensos atingidos por Estados soberanos. Somente via regras consentidas (ou implícitas) de direito internacional era possível conceber interferências na autonomia dos poderes nacionalmente constituídos ou de atores individuais. Hoje, no entanto, mais do que meros fóruns de debate e produção de consensos entre nações, organizações internacionais como a OMS possuem autoridade – ainda que de um tipo específico – para recomendar medidas globais que visem a proteger os bens públicos que defendem (nesse caso, a saúde).

Isso não quer dizer que elas abandonaram os instrumentos de direito internacional público como produção de consenso, mas somente que estes instrumentos não são mais capazes de explicar totalmente o modo como elas operam. É essa passagem da noção de consenso para a noção de autoridade que a literatura sobre relações internacionais e ciência política costuma chamar de “governança global”. Escolas, restaurantes ou academias não são atores no plano internacional, mas podem reconhecer organizações internacionais como possuindo autoridade para orientar suas práticas locais.

O pano de fundo dessas discussões é o fato de que os Estados já não contam hoje com o mesmo grau de soberania que possuíam em décadas anteriores. Isso é válido tanto para os mais poderosos, para quem o conceito de soberania assumia uma conotação forte, como para aqueles Estados que precisaram (e ainda precisam) lutar por anos a fio para que soberania representasse algo mais do que um mero conceito. Parte da responsabilidade por este fato é atribuível à ascensão de diversos centros de autoridade normativa localizados fora dos Estados. Não apenas organizações internacionais tradicionais, mas também entidades privadas e arranjos institucionais híbridos passaram a dar o tom de muitas regulações em diferentes

áreas. Nesse contexto, o próprio significado da palavra “regulação” se modificou, complexificando-se (quando ela é jurídica? o quanto ela depende de instrumentos coercitivos para funcionar? quem tem legitimidade para fazê-la?).

Essa narrativa já foi contada de muitas formas, dando a cada uma das personagens envolvidas diferentes falas e pesos. O modelo europeu de Estado soberano consagrado na Paz de Vestfália começou a ruir no pós-1945, e de lá para cá diversos processos simultâneos de integração e fragmentação internacional levaram ao cenário regulatório radicalmente multifacetado que temos hoje, cuja melhor denominação genérica possivelmente é a de governança global. Sobretudo nas últimas três décadas, uma enorme porção da literatura sobre direito, teoria política, relações internacionais etc. passou a se preocupar com o futuro do Estado enquanto conceito histórico mas também dos Estados como entes individuais. Seja em razão das “intervenções humanitárias” autorizadas pelo Conselho de Segurança da ONU ou das diretrizes de organismos como FMI e a OCDE, aumentou-se a consciência de que ser um Estado soberano em mundo globalizado é muito diferente do que sê-lo em um contexto de fraca integração e ausência quase completa de autoridades internacionais.

As consequências da relativização, enfraquecimento ou mesmo perda da soberania dos Estados são um tema dificilmente contornável quando se fala em direito, autoridade e legitimidade em arranjos transnacionais. Assim, esta tese procurará não ignorar este debate sempre que necessário. Mas seu interesse mais direto reside inicialmente no que poderíamos vislumbrar como o outro lado da moeda: existem boas razões para que os Estados busquem formas de cooperação e/ou integração, mesmo que isso possa por vezes significar, ao menos à primeira vista, uma entrega de seu potencial enquanto ente soberano. A garantia da paz em âmbito mundial talvez tenha sido a primeira e mais importantes delas. Se sua importância não era tão evidente antes dos horrores da Segunda Guerra, passou a ser desde então. Ainda que o arranjo institucional consagrado pela ONU tenha sido obtido às custas de uma enorme sombra representada pelo seu Conselho de Segurança, é difícil dizer que o objetivo principal não fosse louvável e que uma boa dose de progresso no assunto não tenha sido alcançada nos anos subsequentes. O mesmo pode ser dito em relação aos direitos humanos, às preocupações ecológicas e muitas outras importantes áreas que passaram a contar, ao longo dos anos, com cada vez mais documentos escritos, compromissos oficiais e informais, instituições e pessoas dispostas a tratar de todo e qualquer tema que possa ser alvo de uma preocupação internacional.

Mas na medida em que uma tendência de pluralização de atores avançou no espaço internacional, o próprio papel dos Estados nacionais enquanto atores exclusivos ou mesmo

centrais das regulações que transcendem suas fronteiras se relativizou. Muitas outras personagens passaram a habitar o cenário internacional. Algumas delas, como as ONGs, podem ser vistas como diretamente responsáveis por chamarem atenção para alguns dos problemas que hoje compõem a agenda internacional. Não somente o contato entre os aparatos políticos dos Estados se intensificou nas últimas décadas, mas também cresceu a comunicação entre a sociedade civil organizada, indivíduos e atores privados de diferentes partes do mundo. Como resultado destes processos, houve uma abertura à participação de atores não estatais nas organizações internacionais tradicionais – cuja atividade, como já mencionamos, não mais pode ser reduzida à mera obtenção de consenso entre os Estados.

Mas o que nos interessa principalmente é que essa dinâmica também significou a formação ou a consolidação de autoridades que sequer tem o consenso estatal ligado às suas origens. São essas instituições de governança que constituem o foco desta tese, e que serão genericamente denominadas como “autoridades públicas transnacionais”. Essa definição se baseia em uma distinção feita por Bernstein (2011), que classifica como *internacionais* as autoridades cuja participação oficial é restrita aos Estados (isto é, as organizações intergovernamentais) e como *transnacionais* as que contam com a participação de ao menos um ator não estatal. Mas é importante destacar desde já a ressalva que Bernstein (2011, p. 23-24) faz ao afirmar que essas categorias representam apenas tipos ideais, uma vez que na prática “poucas instituições intergovernamentais operam sem a influência de atores não estatais e poucas instituições não estatais mantem autonomia completa em relação à autoridade dos Estados soberanos.” Zürn (2018) também se utiliza de classificação semelhante entre arranjos internacionais e transnacionais; mas salienta que o termo “governança global”, ao incluir ambas, também revela que múltiplas interações entre elas são possíveis.

Conforme veremos a partir de exemplos como os da ISO e da ICANN, nenhuma autoridade pública transnacional emerge em um completo vácuo de regulações ou pressões internacionais. Essas instituições habitam um espaço regulatório transnacional cujo “entorno” também inclui diversos outros atores, como Estados, organizações intergovernamentais e suas “emanações”¹, ONGs e movimentos da sociedade civil em geral, empresas transnacionais, entidades supranacionais como a União Europeia, instituições oriundas de tratados e acordos bilaterais e multilaterais, “clubes” como o G-8 e o G-20 e outros arranjos híbridos ou

¹ Espécies de subdivisões promovidas pelas organizações intergovernamentais, as “emanações” são uma forma encontrada por esses organismos de se manterem atentos a temas contemporâneos relevantes evitando o engessamento provocado pela necessidade de consenso estatal. Sobre o conceito de emanações, ver Shanks, Jacobson e Kaplan (1996).

intermediários situados entre essas formas. Todos esses atores possuem normatividades e/ou demandas de legitimação próprias a serem consideradas, de forma que nenhuma autoridade internacional ou transnacional, por mais específica que seja sua área de atuação, está sozinha. Como veremos ao longo do trabalho, mais do que um imenso desafio às regulações, essa circunstância também pode ser percebida como possivelmente virtuosa.

As autoridades públicas transnacionais se estabelecem em diferentes áreas regulatórias, como a padronização de normas técnicas (ISO), a governança socioambiental (FSC, MSC, ISEAL Alliance), regulações bancárias (BCBS) e do mercado financeiro (ISDA), competições esportivas (WADA, TAS, COI, FIFA), governança da internet (ICANN), regulação de sistemas de segurança privada (ICoCA) etc. Sua principal forma institucional é o multissetorialismo, que envolve ao menos dois tipos diferentes de atores, como ONGs e demais grupos da sociedade civil, empresas, pessoas especialistas, representantes de Estados e de organismos internacionais.

Diferentemente do que acontece nos Estados ou nos arranjos institucionais constituídos sob instrumentos de direito internacional, as regulações transnacionais raramente encontram bases jurídicas e políticas suficientemente precisas ou evidentes para o exercício de autoridade. É bem verdade que o direito estatal e o direito dos tratados sempre suscitaram questionamentos acerca das condições de legitimidade de suas regras, especialmente nos termos da exigência por uma justificação democrática. Mas o problema de legitimação que atinge as autoridades transnacionais parece ser ainda mais profundo: tem a ver com a própria dificuldade de se *estabelecer* regras, procedimentos ou instituições capazes de explicarem o exercício de autoridade como legítimo. Em outras palavras, o argumento de que determinada regulação é legítima porque foi instituída a partir de fontes jurídicas que a teoria do direito tradicionalmente considera como “válidas” – normas estatais ou de direito internacional – está relativamente fora do alcance das autoridades transnacionais.

Mas uma vez que o exercício de autoridade dessas instituições é de interesse público, isto é, suas regulações impactam direta ou indiretamente indivíduos, empresas, organizações da sociedade civil e até Estados, a problemática de sua legitimidade não pode ser evitada. Problemática aqui entendida não apenas em seu sentido negativo, como se atores não estatais houvessem indevidamente se intrometido em assuntos públicos ou passado a regular áreas sem levar em conta os anseios daqueles que são afetados por suas decisões (ainda que, em certos casos, essa crítica seja perfeitamente válida). As discussões sobre legitimidade aparecem também porque essas instituições de governança têm se mostrado como boas alternativas para gerenciar algumas áreas e problemas que demandam esforços transnacionais.

Preocupações acerca das condições de legitimação dessas autoridades não constituem um assunto particularmente novo, sendo objeto de análise de diferentes disciplinas como a ciência política, as relações internacionais, a filosofia política e o direito internacional. Mas em vez de especular sobre uma possível ameaça à democracia representada por eles (KAISER, 1971), a bibliografia contemporânea tem compreendido que essas autoridades possuem um papel importante, ainda que por vezes não claramente definido, na agenda política mundial.

Do ponto de vista da teoria do direito, a questão da legitimidade das autoridades públicas transnacionais interessa sobretudo pelas relações potencialmente novas que se estabelecem entre as noções de legalidade e legitimação. É sabido que essas noções, fundamentalmente imbricadas no contexto do Estado moderno, não são completamente sinônimas. Um regime baseado em normas legais não é necessariamente um regime que goze de legitimidade perante os destinatários de suas regras. Primeiro, porque a noção de legalidade por si só não garante a inexistência de regimes arbitrários; segundo, porque a legitimidade não precisa necessariamente estar baseada em normas jurídicas. Justificações de caráter mítico, religioso ou baseadas em tradições, por exemplo, foram – e em certos casos, ainda são – consideradas suficientes para garantir legitimidade à autoridade exercida por agentes públicos.

Mas ao menos no âmbito da política secular, o recurso à legalidade tem se mostrado uma forma extremamente útil e inclusiva para que os sistemas políticos dos Estados modernos justifiquem sua autoridade sobre determinado território como legítima. Ou seja, ainda que não haja uma correlação necessária entre elas, pode-se dizer que a legalidade historicamente contribui para dotar os regimes políticos de uma maior legitimidade. O ápice dessa ligação reside na própria ideia de constituição, que ao mesmo tempo autoriza e limita o poder da autoridade política por meio de regras públicas e universais.

Já nas formas clássicas do direito internacional, regulações que transcendem fronteiras são entendidas como baseadas em relações consensuais entre as nações envolvidas, seja pela adoção de hábitos ou a celebração de tratados. Segundo essa visão, os Estados estabelecem instrumentos legais semelhantes aos contratos toda vez que necessitam resolver disputas entre si ou delegar funções a organismos internacionais. Ou seja, legalidade e legitimidade continuam próximas: Estados tendem a reconhecer tratados como legítimos na medida em que eles estão estabelecidos de acordo com reconhecidas regras de direito internacional.

Mas se no âmbito das autoridades transnacionais as fontes de legalidade não estão evidentes da mesma forma que no contexto doméstico e internacional, como a construção de instrumentos jurídicos pode auxiliar na legitimação desses arranjos? Essa é a questão central

que nosso trabalho se propõe a investigar, a partir de uma metodologia derivada da Teoria Crítica de inspiração frankfurtiana. Nossa hipótese é de que, a partir de uma perspectiva jurídica multinormativa que reconsidere alguns pressupostos jurídicos tradicionais, é possível reconfigurar o papel do direito nesses arranjos sem necessariamente relativizar sua importância. Diante de tendências contemporâneas que consideram o direito como algo meramente secundário no plano transnacional, uma vez que as formas tradicionais pelas quais ele costuma ser identificado são dificilmente replicáveis, nossa proposta recupera a dimensão jurídica dos debates sobre legitimação transnacional em lugares insuspeitos, começando por uma reconsideração da distinção entre o que é considerado como “direito” e o que não é.

A fim de estabelecer alguns caminhos possíveis para se pensar a relação entre legalidade e legitimação no âmbito transnacional, o que fazemos no capítulo final da tese, é necessário retroceder um pouco para compreender as imbricações do tema de um ponto de vista da teoria do direito (primeiro capítulo) e situar os termos em disputa nas discussões teóricas sobre legitimação da governança global em geral e, em específico, das autoridades transnacionais (segundo capítulo).

Nosso primeiro capítulo é quase inteiramente dedicado a lidar com as consequências da emergência de fenômenos jurídicos tradicionais para a teoria do direito, uma vez que eles colocam em xeque alguns de seus pressupostos e conceitos fundamentais. Há uma série de condições no espaço transnacional que impossibilitam pensar o direito da mesma forma que no contexto nacional ou internacional, seja pela ausência de instituições específicas ou de fontes jurídicas consideradas legítimas porquanto são “válidas”. Essas e outras circunstâncias sugerem a emergência do que parte da literatura tem chamado de “direito global” ou “direito transnacional”. Contudo, esse direito aparece em um contexto em que noções como “regulação” e “governança” parecem por vezes expressar melhor as formas pelas quais a autoridade é exercida no plano transnacional. Isso leva parte da bibliografia a negligenciar ou menosprezar o papel do direito em prol de considerações políticas, econômicas ou filosóficas.

Pensamos que a revisão de alguns pressupostos tradicionalmente assumidos pela teoria do direito à luz da emergência de fenômenos jurídicos transnacionais não deveria levar as discussões desse campo necessariamente para a sombra fornecida por outras disciplinas. Por outro lado, a teoria jurídica precisa encontrar maneiras de acomodar esses fenômenos em suas definições, o que nem sempre se mostra uma tarefa fácil. É possível dizer que as correntes que sempre trataram o direito de uma forma plural, não excessivamente focada no Estado, receberam mais facilmente as novas transformações, pois já estavam acostumadas com a

ideia de que múltiplas fontes normativas podem coexistir no mesmo espaço social. Elas fornecem, assim, algumas pistas para se pensar o direito de formas não tradicionais.

Ninguém levou esta ideia tão a sério quanto a bibliografia reunida sob o termo “pluralismo jurídico”, uma série de escritos surgidos nas décadas de setenta e oitenta que recuperou o legado de autores pioneiros como Eugen Ehrlich e George Gurvitch para combater o que John Griffiths (1986, p. 3) chamou de “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.

Este aspecto predominantemente descritivo do pluralismo jurídico pode ser visto como vitorioso se considerarmos que hoje uma parte muito mais substancial da teoria do direito reconhece sua importância na comparação com algumas décadas atrás. Mas, como veremos, essa vitória não significa muito quando consideramos que concepções com pontos de chegada muito diferentes podem ser igualmente consideradas pluralistas. As divergências são muitas, a começar pelo debate sobre a caracterização do pluralismo como de fato “jurídico”. Esse problema, que reside na dificuldade de se construir uma distinção entre direito e não direito, não foi enfrentado de forma satisfatória pela teoria pluralista mais “clássica”.

Mais recentemente, a ascensão de um novo pluralismo jurídico “global” ou “transnacional” contribuiu para reforçar as teses pluralistas no domínio regulatório internacional e transnacional. Contudo, pouco ou quase nenhum consenso em relação ao que caracteriza a legalidade das manifestações jurídicas não estatais foi alcançado. Assim, esses estudos pouco contribuíram com ferramentas que ajudassem a escapar dos problemas de definição que já afligiam os estudos pluralistas mais antigos. Como afirma Antonov (2021, p. 257), a literatura sobre globalização não forneceu um “esquema explicativo novo” em relação à já conhecida problemática da delimitação entre ordenamentos jurídicos e outros tipos de normatividade, como normas sociais, religiosas, de costume etc. A presença de novas fontes jurídicas não significou necessariamente uma ruptura total com a forma anterior pela qual se procurou definir o que é direito, com todos os problemas que as tentativas mais antigas carregavam. Assim, nosso percurso teórico que busca uma forma de compreender os novos fenômenos jurídicos não estatais à luz da Teoria Crítica toma o diagnóstico pluralista básico como ponto de partida, mas reconhece que precisa fazer escolhas entre caminhos distintos para conseguir sustentar uma posição teórica própria.

Estabelecido um ponto de vista jurídico sobre a questão, no segundo capítulo partimos em direção a um terreno marcadamente interdisciplinar, reunido em torno da noção de governança global. Nesse momento, analisamos discussões normativas sobre formas de

legitimação em ambientes regulatórios internacionais e transnacionais que evocam diferentes termos, como sociedade civil, democracia e constitucionalismo. Nosso objetivo central ao revisitar diferentes concepções teóricas é discutir possíveis conceitos e ideias que nos ajudem a estabelecer um ponto de vista crítico sobre o espaço regulatório transnacional, que servirá de base para as formulações do terceiro e último capítulo.

1.1 Metodologia

Um dos objetivos centrais de nosso trabalho é o de estabelecer uma visão de direito compatível com uma perspectiva crítica e ao mesmo tempo pluralista. Como forma de realizar essa tarefa, nossa metodologia se apoia em três eixos. O eixo principal é fornecido por textos clássicos da Teoria Crítica frankfurtiana. Um eixo secundário é representado pelas concepções que buscaram, a partir desse eixo principal, construir uma Teoria Crítica do direito. Por fim, um terceiro aporte metodológico se refere à teoria sociojurídica. Expliquemos cada uma dessas perspectivas, que nos parecem complementares no contexto desta tese.

Quando falamos em Teoria Crítica frankfurtiana, nos referimos às teorias criadas e influenciadas pelos trabalhos produzidos por integrantes do Instituto para Pesquisa Social (*Institut für Sozialforschung*), fundado em 1923 na Universidade de Frankfurt, na Alemanha. Entre as principais referências dessa corrente de pensamento destacam-se nomes como Max Horkheimer, Theodor Adorno, Herbert Marcuse, Erich Fromm, Franz Neumann, Jürgen Habermas e Axel Honneth. Sob a direção de Horkheimer, os estudos do Instituto foram organizados a partir de 1930 como um trabalho coletivo interdisciplinar cuja unidade seria representada pela referência à obra de Marx² e ao modelo de crítica da economia política. Esse comprometimento metodológico viria a ser sedimentado com a publicação, em 1937, do texto *Teoria tradicional e Teoria crítica*, que lançou as bases da compreensão predominante nos trabalhos desenvolvidos no Instituto e consolidou a própria expressão “teoria crítica”.

Nesta obra, Horkheimer contesta o modo tradicional de fazer teoria que procura construir hipóteses que auxiliem na resolução de problemas específicos sem objetivar qualquer mudança social e sem necessariamente conectar suas descobertas com a totalidade social. O autor contrapõe a elas o que chama de “comportamento crítico”, que se trata de

² Mas como ressalta Nobre (2004, p. 23), a Teoria Crítica não toma a obra de Marx como uma doutrina acabada, “mas como um conjunto de problemas e de perguntas que cabe atualizar a cada vez, segundo cada constelação histórica específica”.

[...] um comportamento humano que tem a própria sociedade como seu objeto. Ele não tem apenas a intenção de remediar quaisquer inconvenientes; ao contrário, estes lhe parecem ligados necessariamente a toda organização estrutural da sociedade. Mesmo que este comportamento provenha de estrutura social, não é nem a sua intenção consciente nem a sua importância objetiva que faz com que alguma coisa funcione melhor nessa estrutura. As categorias: melhor, útil, conveniente, produtivo, valioso tais como são aceitas nesta ordem [social], são para ele suspeitas e não são de forma alguma premissas extra-científicas que dispensem a sua atenção crítica. (HORKHEIMER, 1980, p. 130).

Diferentemente de outras abordagens, a Teoria Crítica é motivada por um interesse direto na transformação da sociedade, reflexo de uma herança deixada pela filosofia da práxis marxista. No centro desta transformação pretendida reside o conceito de emancipação, entendido como a realização efetiva da liberdade e da igualdade humanas. Mas como afirma Nobre (2004, p. 31), “essa perspectiva de emancipação não é um ideal, meramente imaginado pelo teórico, mas uma *possibilidade real*, inscrita na própria lógica social do capitalismo”. Dessa forma, a Teoria Crítica procede através de uma crítica imanente da realidade, investigando a presença de potenciais emancipatórios junto às instituições e práticas que compõem o tecido social.

Para que essas tendências sejam identificadas é preciso estabelecer diagnósticos amplos do tempo presente, que se esforcem por compreender o todo social em suas diversas relações, o que dificilmente pode ser feito sem uma abertura à interdisciplinaridade. No caso desta tese, nosso diagnóstico passa pela compreensão dos fenômenos regulatórios transnacionais aos quais parte da literatura teórica tem se referido como componentes de uma governança global, e que podem ser mais bem observados se não nos restringirmos inicialmente à perspectiva do direito, mas também recepionarmos conhecimentos de outras áreas, como as relações internacionais e a ciência política. Mas é importante dizer que o propósito desse diagnóstico, em razão de sua orientação teórica crítica, não é “dizer como as coisas *funcionam*, mas sim analisar o funcionamento concreto delas à luz de uma *emancipação* ao mesmo tempo *concretamente possível* e *bloqueada* pelas relações sociais vigentes” (NOBRE, 2004, p. 32).

Essa ideia de que a forma de organização das relações sociais vigentes pode estar bloqueando possibilidades emancipatórias é bem traduzida pela noção de “patologia social da razão”. Essa noção, que Honneth (2004) identifica como uma herança incontornável para as tentativas de atualização da Teoria Crítica, aponta para a existência de um déficit de racionalidade no real devido a uma organização insatisfatória da vida social sob condições capitalistas. Por mais que autores como Adorno, Marcuse e Habermas tenham expressado essa ideia de forma diferente, Honneth (2004) considera que ela constitui uma espécie de

núcleo compartilhado entre os principais modelos teóricos concorrentes no interior da própria Teoria Crítica. Scheuerman (2008) parece recuperar essa noção, por exemplo, em suas reflexões sobre a incidência dos processos de globalização no direito.³

Em suma, enquanto metodologia a Teoria Crítica de inspiração frankfurtiana envolve três pontos principais: a necessária transdisciplinaridade na construção do material de pesquisa; a adoção de critérios normativos intrínsecos aos fenômenos observados; e o desenvolvimento de diagnósticos e prognósticos a partir dos conflitos existentes em determinado campo. Com base em uma crítica imanente da realidade social concreta, o objetivo desse método é identificar os potenciais emancipatórios e os obstáculos à sua efetivação inscritos nas estruturas da sociedade.

Enquanto essa perspectiva se encontra bastante consolidada enquanto Teoria Crítica *da sociedade*, uma Teoria Crítica *do direito* não encontra o mesmo grau de desenvolvimento. Um dos principais expoentes nesse sentido é Franz Neumann, autor que por muito tempo ficou relegado a uma posição secundária no interior do Instituto. Na contramão de visões marxistas do direito, como a de Pachukanis (2017), sua obra ressalta a presença de um “componente ético” no direito liberal ao instituir um espaço de autonomia para que indivíduos estabeleçam reivindicações sociais. Com a chegada da classe operária ao Parlamento alemão, por exemplo, Neumann (2014) vislumbra o cumprimento de uma promessa de igualdade que o direito liberal faz a si próprio, o que viria ao encontro de ideais emancipatórios.

O pensamento de Neumann foi cuidadosamente recuperado por Rodriguez (2009, p. 72), ressaltando a presença da noção de uma “forma direito”, isto é, de “uma estrutura institucional que constrange o poder soberano a agir conforme a vontade da sociedade por meio de normas gerais e das instituições ligadas a elas”. No caso específico do direito, portanto, a Teoria Crítica implica a avaliação de desenhos institucionais em razão da sua capacidade de expressão das demandas e dos conflitos sociais. Nas palavras de Rodriguez (2013, p. 168), é necessário realizar a “reconstrução dos pressupostos institucionais e suas alternativas em disputa”, isto é, avaliar os desenhos institucionais e as interpretações do direito presentes no ordenamento jurídico atual com base na defesa da democratização radical de uma sociedade irremediavelmente plural. A principal pretensão de uma Teoria Crítica do

³ Inspirado em Neumann, Scheuerman (2008, p. 82) identifica um potencial emancipatório nas formas clássicas do direito, cada vez mais desafiadas pelas pressões por dinamismo de atores globais. O modo pelo qual expressa sua insatisfação com o abandono dessas formas reflete bem a ideia de patologia social da razão: “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, de forma mais enfática e direta: “a batalha pelo *rule of law* envolve uma batalha contra as patologias da globalização neoliberal” (SCHEUERMAN, 2008, p. 45).

Direito é, portanto, a “desnaturalização de toda e qualquer solução institucional existente em nome da crescente inclusão de novas demandas e interesses dos vários indivíduos e coletividades” (RODRIGUEZ, 2013, p. 168).

O pensamento crítico não pode reduzir o direito a mera dominação ou instrumento das classes dominantes sob pena de perder de vista uma vasta gama de consequências sociais importantes e benéficas, resultado de lutas sociais por vezes fortemente reprimidas pelas autoridades oficiais, como a dos sindicatos ou a relativa a direitos de minorias. Por outro lado, o direito não deve ser identificado como refletindo um “consenso” da sociedade, cabendo a todo momento ser tensionado pela ação social em torno de ideais emancipatórios.

Em última instância, o direito não se garante por si próprio, como se a realidade obedecesse a qualquer tipo de lógica jurídica. Mas isso não significa que ele é sempre poder disfarçado, ou que ele não possa modificar situações de fato. Não é porque uma norma é socialmente rejeitada no início, por exemplo, que ela deve ser abandonada. O direito também molda comportamentos em relação à aceitação da própria regra ou, na visão de Neumann, estabelece promessas que precisam ser cumpridas. Os sentidos das normas podem sempre ser disputados, e o papel de um direito democrático é garantir que essa possibilidade de disputa permaneça aberta.

Finalmente, um terceiro eixo metodológico desta tese é fornecido por uma perspectiva mais propriamente ligada à teoria do direito, que aqui chamaremos de teoria sociojurídica. É comum encontrar, em muitos dos escritos sobre teoria do direito do século XX, uma narrativa centrada na oposição entre direito natural e direito positivo como dois grandes arquétipos. Abordagens distintas, articuladas a partir de outros pressupostos, não raro são vistas como “alternativas” a estes dois blocos teóricos, que funcionam como referências quase onipresentes. Mas como argumenta Brian Tamanaha (2017, p. 12), essa tendência seria vista com surpresa por boa parte da literatura jurídica do século anterior. Para além desses dois grandes “ramos”, a *Jurisprudence* (teoria geral do direito) costumava entrever um terceiro, comumente representado pela designação de Escola Histórica⁴, e que Tamanaha (1997; 2017) tem procurado reabilitar sob a denominação de teoria sociojurídica (*social legal theory*).⁵

⁴ Ao menos no contexto anglo-saxão, ressalta Tamanaha (2017, p. 12-13), a abordagem histórica chegou inclusive a eclipsar a do direito natural durante o século XIX, ocupando seu posto enquanto oposição à vertente positivista.

⁵ Toda vez que o termo “teoria sociojurídica” aparece nessa introdução, estamos nos referindo precisamente à *social legal theory* de Tamanaha (2017), e não à miríade de abordagens e concepções que eventualmente acompanham, em nosso idioma, a expressão “sociojurídico”.

Tamanaha (2017) remete os fundamentos desta perspectiva teórica a importantes diagnósticos sobre o direito elaborados por autores como Montesquieu⁶, Savigny⁷, Ihering⁸ e Henry Maine⁹. Algo comum às observações deles, que foram recuperadas posteriormente pela escola “sociológica” capitaneada por Roscoe Pound (e por outros atores menos associados a determinada corrente ou escola, como Oliver Wendell Holmes e Eugen Ehrlich), é a consciência de que o direito é um produto de influências sociais e históricas tanto quanto (ou mais do que) de raciocínios sobre seus eventuais fundamentos ou condições de validade. A versão da teoria sociojurídica empreendida por Tamanaha (2017, p. 2) propõe recuperar essas visões à luz de correntes pragmatistas e de um foco nas condições empíricas de reprodução do direito, resultando em uma visão renovada sobre o campo da teoria jurídica.

A teoria sociojurídica compartilha da noção de que o direito é uma instituição social cujas consequências devem ser compreendidas de forma holística e empírica (TAMANAHA, 2017 p. 29). Mais do que um campo social devidamente delimitado, o direito é visto sobretudo como um artefato social. Ou então, como diria o jurista estadunidense Robert Cover (1983, p. 8), seus preceitos são “signos através dos quais nos comunicamos com os outros”. Uma comunicação que carrega sempre uma dimensão normativa e, como Cover (1986) tratará de lembrar, por vezes violenta: é um tipo de mobilização da linguagem que visa sempre ao mesmo tempo interpretar e provocar ações concretas no mundo. Daí a inescapabilidade do estudo de suas consequências sociais e dos processos históricos que o alimentam, que apresentam diversas variações em cada contexto.

Isso não quer dizer que positivistas ou jusnaturalistas não compartilhem eventualmente destes pressupostos. Como ressalva Tamanaha (2017, p. 28), a assunção de determinados pressupostos (*background assumptions*) não leva necessariamente a adoção de uma teoria do direito específica. Uma pessoa (jurista ou não) pode, por exemplo, compartilhar pressupostos dos três grandes ramos da teoria jurídica sem necessariamente entrar em contradição:

⁶ “Escrevendo no auge do pensamento iluminista sobre direito natural, Montesquieu domesticou e diversificou o direito natural (em certo modo de se dizer); a razão é universal, mas as previsões jurídicas não podem ser uniformes porque aquilo que razão requer varia de acordo com as variações do contexto circundante. Sociedades com diferentes complexos políticos-econômicos-culturais-tecnológicos-ecológicos terão diferentes condições e, portanto, o direito será diferente em estrutura e conteúdo.” (TAMANAHA, 2017, p. 15). Todas as traduções são livres.

⁷ “A fonte ou ‘assento’ do direito, ele sustentou, é ‘a consciência comum do povo’.” (TAMANAHA, 2017, p. 17).

⁸ “Ihering descreveu o desenvolvimento jurídico nos termos de batalhas entre indivíduos e grupos concorrentes que buscam apoio jurídico para alcançar seus propósitos e interesses.” (TAMANAHA, 2017, p. 19).

⁹ “Apresentando seu trabalho como uma teoria científica do direito sustentada em evidências, ele criticou o direito natural e o positivismo jurídico por suas excessivas abstrações e pela ausência de conhecimento histórico e comparativo em suas especulações sobre direito.” (TAMANAHA, 2017, p. 18).

[...] ela pode acreditar que as regras jurídicas são legalmente válidas mesmo quando são imorais; que o direito deveria ser justo e que certas normas morais são objetivamente corretas; e que o direito é uma instituição social empregada para atingir determinados fins. Apenas quando estas crenças são enquadradas em níveis mais altos de abstrações e contrapostas como posições teóricas opostas é que as incompatibilidades aparecem. (TAMANHA, 2017, p. 28).¹⁰

De um modo mais preciso, pode-se dizer que cada abordagem na verdade fornece um ângulo de análise sobre o direito: enquanto o direito natural foca em aspectos normativos e o positivismo possui um viés predominantemente analítico, a teoria sociojurídica oferece uma abordagem empírica do fenômeno jurídico. Ou seja, essas abordagens não representam verdades mutuamente excludentes, mas pontos de observação particulares sobre o direito. Ainda não representam, por si próprias, teorias do direito de um tipo específico – vide a enorme diversidade de teorias que as alcunhas “positivismo” ou “jusnaturalismo” comportam.

Uma *teoria do direito* propriamente dita consiste, segundo Tamanaha (2017, p. 28), em “proposições explicitamente formuladas sobre o que o direito é o que ele faz”. É somente nesse momento, em que se atinge um maior grau de abstração, que é possível identificar (não tão claramente em alguns casos) se estamos diante de uma teoria do direito positivista, jusnaturalista ou sociojurídica. O diferencial entre elas será de enfoque: “o que o direito é e o que ele faz”, dirá determinada teoria, pode ser mais bem compreendido por *esta* ou *aquela* abordagem. Assim, o que caracteriza uma teoria do direito como sociojurídica é adoção de um enfoque que visa explicar o direito a partir do estudo das condições sociais e históricas empiricamente observáveis – ainda que ela venha a conter implicações normativas e se envolva, em maior ou menor medida, com análises conceituais. Essa é a perspectiva que adotaremos ao tratar de questões de teoria do direito ao longo desta tese.

1.2 Estrutura da tese

Nosso trabalho se divide em três momentos. Antes de chegar ao objetivo principal da tese, que é o de estabelecer possíveis relações entre os conceitos de legalidade e legitimação no âmbito das autoridades públicas transnacionais, precisamos passar por duas discussões iniciais acerca dos pressupostos que guiarão nosso ponto de vista jurídico crítico. No primeiro capítulo, assentamos os pressupostos de teoria de direito que orientam a tese. No segundo, abordamos a forma como questões de legitimação são tratadas no campo teórico da

¹⁰ Todas as traduções do inglês feitas ao longo dessa tese são livres.

governança global. Finalmente, o terceiro capítulo estabelece uma construção teórica crítica baseada em noções, conceitos e ideias que colhemos nas partes anteriores.

Em linhas gerais, o primeiro capítulo da tese trata da problemática definição de balizas teóricas para o direito em face da proliferação de fenômenos jurídicos não estatais. A primeira seção introduz esse debate a partir das controvérsias acerca da adequação de termos como “direito global” e “direito transnacional” para captar novos desenvolvimentos regulatórios para além do Estado e conjectura acerca do quanto tais fenômenos representam uma novidade para a teoria jurídica. Ao final dessa primeira parte, mostramos como a teoria do direito contemporânea está envolta em uma espécie de dilema. Como o caráter jurídico de boa parte das dinâmicas regulatórias transnacionais é contestável, emerge a necessidade de que a teoria do direito desenvolva critérios mínimos de definição, mesmo que de forma implícita. Porém, uma vez que ela se desapegou dos pressupostos jurídicos tradicionais, perdeu-se com eles boa parte das referências que auxiliavam na determinação do que é ou não direito. Sem um critério para identificar o “direito”, torna-se difícil sustentar um ganho teórico real da utilização desse termo em relação a expressões frequentemente empregadas no âmbito transnacional como “regulação” e “governança”.

A segunda seção mostra como essa problemática da distinção entre direito e não direito em visões está longe de ser nova, possuindo um importante antecedente histórico nas discussões sobre pluralismo jurídico. Buscando combater o “centralismo jurídico” representado por visões como a de Hart, as teorias pluralistas empregaram, sem muito sucesso, conceitos derivados das ciências sociais em suas tentativas de oferecer uma resposta coerente à pergunta “o que é direito?”. Como mostra Brian Tamanaha, a razão principal desse fracasso se relaciona com a utilização de abordagens funcionalistas, que redundam em uma definição circular: o direito é abstraído a partir da realização de determinada função, e logo toda normatividade que realiza tal função é considerada como direito. Contudo, esses critérios funcionalistas se mostram incapazes de distinguir o direito de outros tipos de normatividades que eventualmente executam a mesma função.

Apesar disso, a terceira seção mostra que as dificuldades de distinção entre direito e não direito que afligem o pluralismo jurídico não foram suficientes para que boa parte da teoria contemporânea que estuda fenômenos jurídicos transnacionais abandonasse esse termo. Sob novas roupagens e qualificativos como “global” ou “transnacional”, o pluralismo jurídico continua representando uma importante posição no debate teórico. Essas correntes pluralistas contemporâneas de certa forma tangenciam questões de definição do direito, enfatizando em vez disso problemas mais práticos, como a adoção de regras, processos e instituições que

permitam a convivência simultânea de múltiplas normatividades. No entanto, elas não parecem imunes a contestações tanto de um ponto de vista descritivo como normativo, motivo pelo qual a expressão pluralismo jurídico, mesmo nesses novos arranjos, não nos parece teoricamente adequada para os propósitos de um diagnóstico efetivo das tendências regulatórias transnacionais.

Inspirada pela visão convencionalista do direito proposta por Tamanha, a quarta seção apresenta uma possível alternativa para lidar com problemas de definição do direito a partir de uma releitura do termo “significado jurídico” na obra de Robert Cover. Essa parte representa o ponto central do capítulo, em que estabelecemos uma visão jurídica aproveitável de um ponto de vista crítico, cujo desdobramento possível é a noção de multinormatividade. À luz dessa proposta e da discussão anterior, a quinta seção debate o papel do direito internacional em relação aos fenômenos jurídicos contemporâneos, enquanto a sexta seção faz um apanhado geral sobre como noções fundamentais para a teoria do direito como autoridade, legalidade e legitimidade são redesenhadas a partir da consideração das implicações trazidas por esses fenômenos.

O segundo capítulo da tese amplia o diagnóstico inicialmente focado na teoria do direito e navega pelo campo teórico interdisciplinar sobre questões de legitimação no espaço regulatório transnacional, que inclui as autoridades públicas transnacionais e seu “entorno” formado por instituições, normas e reivindicações baseadas em diferentes tipos de atores. Como base para as discussões, a primeira seção revisita as observações de Michael Zürn sobre a governança global, conceito que inclui tanto as autoridades transnacionais como as internacionais (intergovernamentais). Como esses dois tipos de autoridades frequentemente interagem uns com os outros, um panorama geral sobre a governança global nos ajuda a compreender os aspectos comuns e as peculiaridades das autoridades transnacionais em relação a outros arranjos regulatórios pós-estatais.

Após esse diagnóstico mais amplo sobre as questões que envolvem a ideia de legitimação no âmbito da governança global, passamos a considerar algumas concepções teóricas normativas que visam influenciar o debate chamando a atenção para termos ou conceitos específicos. Nesse sentido, a segunda seção do capítulo apresenta teorias baseadas em “demandas por democratização” do espaço transnacional. Se em um primeiro momento as apostas giravam em torno de conceitos ambiciosos como o de uma “cidadania” transnacional baseada em uma perspectiva cosmopolita, trabalhos mais recentes têm proposto noções mais modestas como a de uma “sociedade civil” transnacional multicêntrica. Há também quem

decidiu substituir a própria noção de democracia, tida como especialmente demandante no cenário transnacional, pela adoção de determinados padrões de legalidade.

A terceira seção apresenta concepções reunidas em torno da noção de constitucionalismo, que se desdobram em duas vertentes principais. Em um primeiro momento, avaliamos projetos de constitucionalização “em sentido forte”, que visam adaptar o conceito de constituição estabelecido no contexto do Estado moderno para o cenário internacional e transnacional sobretudo por meio de reformas estruturais do sistema interestatal. Ou seja, são tentativas de construir, a partir dos instrumentos de direito internacional, um tipo de organização do poder que se assemelha ao papel desempenhado pelas constituições democráticas modernas no contexto doméstico. De outra parte, emergem visões teóricas “alternativas” que reconfiguram a própria noção de constitucionalismo, destacando mais seus aspectos sociais do que propriamente políticos, posição representada sobretudo pela ideia de “fragmentação constitucional” defendida por Gunther Teubner.

Finalmente, à luz da exposição dessas diferentes teorias, a quarta seção busca estabelecer noções, conceitos e debates que interessam na construção de um ponto de vista baseado na Teoria Crítica sobre a problemática da legitimação na governança global e, sobretudo, no âmbito mais específico das autoridades públicas transnacionais. Em linhas gerais, esse tópico estabelece a ideia de que uma visão crítica não precisa ser necessariamente ideal normativa, isto é, pode prescindir da fixação de conceitos como o de constitucionalismo ou da adoção de determinados modelos de democracia. Em vez de abraçar ideais, argumentamos que ela deve se pautar pela discussão de diferentes temas preservando sobretudo seu interesse emancipatório.

O estabelecimento de um conjunto de temas importantes de um ponto de vista crítico é o que embasa as discussões feitas no terceiro e último capítulo, em que tratamos mais propriamente das autoridades públicas transnacionais. Nesse momento, pontuamos que a relação entre legalidade e legitimação nesses arranjos regulatórios pode ser vista como produtiva e benéfica ao levar em consideração cinco tópicos principais, que correspondem a cada uma das cinco seções do capítulo.

A primeira seção estabelece a importância de discussões sobre desenhos institucionais, enfatizando especialmente dois aspectos que devem ser levados em consideração pelas autoridades transnacionais na definição de suas formas: a existência de uma “estrutura social” internacional, formada por diferentes atores e normas exteriores à regulação, e a comunidade de regulados e/ou afetados pela regulação. Além disso, avaliamos as potencialidades do multissetorialismo – principal forma institucional adotada pelas autoridades transnacionais –

para o desenvolvimento de uma regulação aberta e participativa baseada na assunção de formas jurídicas.

A segunda seção trata da relação entre a adoção de critérios jurídicos e a noção de procedimentos de legitimação. Embora boa parte das dinâmicas de legitimação das autoridades transnacionais tangencie o que tradicionalmente se entende como formas jurídicas, defendemos que o ponto de vista do direito permanece importante para alimentar “crenças de legitimação” entre os diferentes atores regulados e afetados pela governança transnacional, sobretudo quando Estados estão entre os interessados.

Na terceira seção, avaliamos as possibilidades de se transpor o ideário do *rule of law*, estatalmente concebido, para o âmbito das regulações transnacionais. Embora esta noção seja cercada de controvérsias teóricas e dificuldades de aplicação fora dos contextos onde se estabeleceu historicamente, ela ainda parece representar um programa normativo interessante de um ponto de vista emancipatório, sobretudo quando entendida como uma atitude de combate às arbitrariedades no exercício de poder.

O quarto item recoloca em debate a questão da democracia, defendendo que, de uma perspectiva crítica, a incorporação de ideais democráticos no plano transnacional pode ser associada de forma mais produtiva à adoção de um direito que carregue componentes democráticos do que à transposição de determinados modelos de democracia. Finalmente, a quinta e última seção propõe uma forma de ver as demandas por legitimação sobre as autoridades públicas transnacionais como contendo um potencial emancipatório, baseada no que chamamos de promoção ou preservação das “condições de reprodução da política” em diferentes âmbitos.

2 TEORIA DO DIREITO E FENÔMENOS JURÍDICOS TRANSNACIONAIS

As teorias do direito produzidas no decorrer dos séculos XIX e XX tomaram, via de regra, o direito estatal e seus atributos como o caso central de explicação sobre o que o direito é, o que é possível fazer como ele e como ele deve ser interpretado. Essa perspectiva estatista contribuiu para consolidar o imaginário que dominaria o ensino jurídico sobretudo em países que adotam formas constitucionais democráticas, como é o caso do Brasil. Em certa medida, parte da teoria jurídica se viu na tarefa de justificar a adoção dessas formas, e esse movimento foi recepcionado e retroalimentado por pessoas, instituições e Estados interessados em favorecer uma cultura formalista do direito em diversos países. Ou seja, tanto a teoria como a prática do direito, ao menos no Ocidente, estiveram imbricadas na elevação do Estado como lugar privilegiado da produção e circulação do discurso jurídico.¹¹ Pode-se dizer que a ficção representada pela validade superior do direito estatal, seja ela assentada em um norma hipotética fundamental (como em Kelsen) ou em uma regra de reconhecimento (como em Hart), teve um importante papel na tarefa de organizar o poder político e justificar proteções aos indivíduos sob a forma de direitos. Mas isso se deu às custas de uma redução do fenômeno jurídico a um conjunto relativamente restrito de características, nem sempre encontráveis em diferentes culturas.¹²

A partir da observação do direito produzido pelos Estados, a teoria foi paulatinamente estabelecendo elementos que seriam comuns a todos os fenômenos identificáveis como jurídicos. Na visão de Fabra-Zamora (2021, p. 114), cinco aspectos fundamentais se destacam na noção estatalmente baseada de direito: o direito (1) é sistemático, incorporando critérios hierárquicos de validade; (2) possui ampla autoridade sobre todos os aspectos alvo de regulação dentro de sua jurisdição; (3) reivindica o monopólio do uso da força; (4) é superior a outras ordens normativas dentro do mesmo território; e (5) possui uma abertura no sentido

¹¹ Essa visão jurídica transformou o “direito europeu” em uma espécie de padrão para outras partes do mundo, e acabou sendo reforçada por representantes teóricos e práticos de lugares culturalmente distintos, sobretudo “em razão da conotação positiva que isso conferia à sua própria história em uma época na qual ser parte da ‘cultura jurídica europeia’ era sinônimo de ser parte das ‘nações civilizadas’.” (DUVE, 2015, p. 402)

¹² Esse raciocínio obviamente implica em uma autoconfirmação da ideia de direito ligada aos desenvolvimentos históricos que levaram à emergência do Estado moderno na Europa. Como observa Duve (2015, p. 402), “se tomamos o conceito especial de direito como direito erudito secular e os seus produtos posteriores (codificações) como ponto de partida para estudos histórico-jurídicos, obviamente somente podemos afirmar que essa especialidade de certas histórias do direito europeias podem não ser encontradas na mesma medida em outras culturas jurídicas. Isso não é exatamente uma descoberta notável: o mundo exterior é diferente. Talvez vejamos a sua ‘difusão’ em outras áreas, mas não entenderíamos verdadeiramente o seu real significado, porque frequentemente nos falta conhecimento sobre o universo normativo em que essas partes do direito foram integradas. Mas essas outras esferas são basicamente não jurídicas, ou ao menos não ‘direito-secular-erudito’.”

de que os agentes estatais eventualmente podem aceitar e aplicar preceitos de outras ordens normativas, como de associações e demais entidades privadas, ou de outros sistemas jurídicos, como no caso do direito internacional privado.¹³

Esses pressupostos, no entanto, foram fortemente confrontados pela emergência de diversos fenômenos jurídicos não estatais, cuja presença se intensificou nas últimas décadas. Tornou-se lugar-comum dizer, por exemplo, que há um direito autônomo com formas próprias sendo produzido à margem do direito estatal ou do direito internacional público, que o Estado perdeu parte de sua capacidade de fazer valer sua jurisdição sobre seu próprio território ou que os preceitos estatais em muitos casos já não se sobrepõem a normatividades paralelas locais, supranacionais, internacionais ou transnacionais. Como resultado, parte substancial da teoria passou a enxergar a necessidade de acomodar fenômenos jurídicos não estatais como casos importantes em seus diagnósticos sobre o direito.

Um caso bastante emblemático dessa mudança de atitude é oferecido pelo teórico positivista Joseph Raz. Em um de seus principais trabalhos sobre teoria do direito, Raz (1979, p. 105) assumiu o que chamou de “assunção da importância do direito doméstico”, que refletia uma “percepção intuitiva de que os sistemas jurídicos domésticos são suficientemente importantes e suficientemente distintos da maioria dos outros sistemas normativos”, merecendo portanto um estudo próprio como objeto separado dos demais fenômenos possivelmente identificáveis como jurídicos. A expressão “percepção intuitiva” é aqui duplamente reveladora: ao mesmo tempo em que Raz parecia reconhecer a fragilidade de sua própria afirmação, sentia que ela era suficientemente estável e consensual dentro da teoria do direito para servir como fundamento para a seleção de seu objeto de pesquisa. Ou seja, por mais que parecesse incapaz de justificar seu enfoque para além de uma intuição, Raz parecia estar ecoando um pressuposto presente até em diagnósticos tidos como menos convencionais dentro da teoria do direito, como o *bad man* de Oliver Wendell Holmes.¹⁴

Décadas mais tarde, porém, Raz (2017, p. 160-161) mudaria sensivelmente de tom. Mesmo ainda defendendo a relevância do direito estatal como “a mais ampla organização social baseada no direito”, o autor passou a afirmar que a “concentração exclusiva no direito estatal, conforme se vê agora, nunca foi justificada, e é ainda menos justificada hoje.” Compreende-se que ao falar em “menos”, Raz sinaliza para os fenômenos não estatais,

¹³ Apesar da lista se basear em diagnósticos positivistas influentes, Fabra-Zamora (2021) ressalta que teorias não positivistas também aceitam alguns desses componentes, como as de John Finnis (itens 2 a 5) e Ronald Dworkin (item 3).

¹⁴ Considerado a principal influência do realismo jurídico norte-americano, Holmes (1897) sugeria ver o direito a partir de uma perspectiva essencialmente pragmática, de forma semelhante a que o homem mau (*bad man*) o veria para poder escapar dele.

sobretudo transnacionais, cuja eclosão foi diagnosticada nas últimas décadas. Mas o que leva Raz a dizer que o foco no direito estatal “nunca” foi justificado?

O autor não menciona nada em específico e nem cita ninguém neste trecho, mas não é difícil identificar ao que essa passagem se refere: fenômenos jurídicos não estatais não são nenhuma novidade trazida pelos processos de “globalização”, mas uma tendência histórica que apenas mais recentemente foi considerada de forma ampla e séria por boa parte da teoria jurídica. Curiosamente, foi preciso que Raz olhasse para o que está acontecendo fora dos limites territoriais e políticos dos Estados para que enfim reconhecesse que o próprio Estado é internamente perpassado por diversas normatividades, de modo que o foco completo no direito doméstico oficial subitamente se mostrou tão pouco justificável no passado como o é no presente.

Alguns expoentes teóricos de diferentes tradições já haviam atentado para este fato em momentos históricos anteriores. Santi Romano, Eugen Ehrlich, Georges Gurvitch, Bronislaw Malinowski e Leopold Pospisil são alguns dos pioneiros nesse sentido, e a eles se seguiu uma explosão de escritos – que em boa parte recuperava suas ideias precursoras – durante as décadas de setenta e oitenta. Trata-se da multifacetada literatura reunida em torno da noção de “pluralismo jurídico”, que forneceu diversos testemunhos sobre a necessidade de se pensar o direito para além das instituições estatais ou das relações entre Estados.

De uma perspectiva histórica, pode-se dizer que o direito estatal na verdade está mais para exceção do que para regra, uma vez que diversas épocas e lugares foram marcados pela existência de ordens normativas simultaneamente operantes, como alguns impérios antigos, grande parte da Europa medieval e o colonialismo em territórios africanos e asiáticos (TAMANAHA, 2008; 2017). Mesmo no interior dos Estados modernos é possível constatar a presença de ordens jurídicas paralelas influentes, como demonstrou em relação ao Brasil o muito debatido trabalho de Santos (2015) sobre o “direito de Pasárgada”¹⁵.

Indo mais além, é preciso atentar para a consideração até certo ponto óbvia de que algo como um “direito estatal” propriamente dito não existe. Como generalização que é, essa expressão faz sentido apenas enquanto abstração de aspectos selecionados dos sistemas jurídicos nacionais de determinados países tidos como centrais no desenvolvimento do que comumente se entende por direito moderno. Como tal, é suscetível às diversas variações nas condições de formação de cada um deles. Embora seja possível argumentar que o grupo de democracias ocidentais que um teórico como Hart tinha em mente quando produziu seu

¹⁵ Para uma visão geral deste trabalho e das principais críticas que lhe foram dirigidas, ver Carvalho (2013).

diagnóstico jurídico era razoavelmente homogêneo, isso só mostra o quanto esse “direito estatal” funciona sempre como uma descrição demasiadamente parcial e arbitrária para servir como ponto de partida para uma formulação universal sobre o direito.

Prova disso é a contradição em que se metiam alguns juristas europeus no período colonial, defendendo uma concepção monista do direito estatal na metrópole enquanto seus países se beneficiavam de uma abordagem pluralista, que concedia espaço a formas de direito local como forma de manter um controle social efetivo nas colônias. Mais do que hipocrisia, comenta Tamanaha (2021, p. 53), esta atitude revelava o comprometimento da visão monista com a justificação de um projeto de dominação cultural e política sobre territórios tidos como *res nullius*, isto é, habitados por sociedades consideradas como “sem direito”, a começar pelo direito de autodeterminação.

Assim, ao reconhecerem o pluralismo de manifestações passíveis de serem consideradas jurídicas como um fato, os trabalhos pluralistas inauguraram, senão uma transição definitiva, ao menos uma fissura em um dos blocos mais coesos da teoria do direito. Tornou-se desafiadora a tarefa de pretender uma teorização ampla do direito se baseando apenas na forma pela qual ele se manifesta nos Estados ou nas relações entre eles. Ficou cada vez mais difícil ignorar as manifestações jurídicas não estatais e os robustos compromissos por elas estabelecidos entre diferentes grupos sociais e comunidades religiosas ou étnicas, por exemplo.

Mas esses exemplos não pareceram sensibilizar uma parte substancial da teoria, especialmente a anglo-americana. Um raciocínio muito comum sempre foi o de que outras normatividades não estatais representariam casos muito marginais, incapazes de abalar a crença de que o sistema jurídico estatal é algo distinto que merece um estudo próprio – e, principalmente, que apenas este estudo poderia ser considerado efetivamente como um estudo *do direito*. Normatividades consideradas especiais (o que para alguns incluía o próprio direito internacional) podiam apresentar alguns elementos comuns às ordens jurídicas propriamente ditas, mas ainda assim não deveriam ser propriamente lidas como “direito” ou, no mínimo, não deveriam servir como exemplo para captar seus elementos centrais.¹⁶

¹⁶ Como mostra Duve (2015, p. 402), isso não foi algo que afetou apenas normatividades consideradas “periféricas”. Houve também uma exclusão injustificada de alguns fenômenos não estatais importantes para os estudos históricos sobre o “direito europeu”: “O foco no direito erudito secular e, em última análise, na história do pensamento jurídico, acabou marginalizando e finalmente excluindo todas as outras formas de normatividade da nossa historiografia. Basta pensar na esmagadora importância da Teologia Moral, como ordem normativa que pode ter sido muito mais forte em certos panoramas históricos do que qualquer tipo de ‘direito estatal’ [...] ou de outros modos de normatividade que tendiam a guiar as percepções das pessoas sobre certo e errado, bem e mal. Excluimos essas esferas não jurídicas da visão de mundo de nossos historiadores do direito por um longo tempo.”

Esse raciocínio só viria a ser abalado de forma mais decisiva a partir dos anos noventa, com a emergência da literatura sobre fenômenos jurídicos transnacionais. Diversos diagnósticos sobre a existência de normatividades situadas para além da forma estatal e das formas clássicas do direito internacional (direito como fruto do consenso entre Estados) foram formulados na tentativa de explicar uma série de regulações públicas e privadas que ganharam maior importância graças à intensificação e difusão das comunicações em rede, das trocas comerciais, de movimentos da sociedade civil; em suma, em razão de tendências comumente abarcadas pelo termo “globalização”. Algumas dessas regulações, voltadas a áreas específicas da vida social, receberam denominações genéricas como *lex mercatoria* (GALGANO, 1995; TEUBNER, 1996), *lex digitalis* (KARAVAS; TEUBNER, 2005) ou *lex sportiva* (SIMON, 1990).

As autoridades públicas transnacionais são um caso ilustrativo importante neste aspecto. Embora algumas delas já existissem há mais tempo, como a ISO, a dimensão e o impacto de suas decisões aumentou exponencialmente nas últimas décadas, uma vez que a política estatal se mostrou incapaz de dar conta de muitas das áreas e problemas regulatórios suscitados pela crescente transnacionalização de bens ou serviços. O caráter transnacional ou global dessas autoridades nem sempre é estabelecido em sua origem, estando mais ligado ao alcance de suas regulações. A ICANN, organismo responsável por aspectos fundamentais da infraestrutura da internet mundial, nasceu como uma organização privada baseada nas leis da Califórnia. A WADA, autoridade antidoping reconhecida pela Comitê Olímpico Internacional, como uma associação regulada pela lei suíça. Entretanto, não se pode explicar a atuação transnacional dessas instituições recorrendo somente às regulações estatais sob as quais elas se enquadraram inicialmente. Ou seja, não há qualquer reivindicação de supremacia do direito californiano ou suíço em relação aos demais ordenamentos jurídicos domésticos e internacionais, mas a criação de regulações cujas fontes transcendem tanto os primeiros como os últimos.

Esse processo de ampliação e complexificação das fontes regulatórias também pode ser observado no âmbito das próprias organizações intergovernamentais, tradicionalmente regidas pelo direito internacional público. O incremento na participação de atores da sociedade civil e a crescente autonomia de seus membros colocou em xeque o chamado “paradigma contratual”, que via no direito internacionalmente produzido “o mero preenchimento de lacunas de um contrato” estabelecido entre Estados (VENZKE; MENDES, 2018, p. 83). Assim, passou-se a reconhecer cada vez mais que as regulações internacionais se desenvolvem de uma forma mais complexa, multifacetada e por vezes muito mais sutil do que

os modelos clássicos costumavam considerar. Para mencionar apenas um exemplo: quando a ONU organiza uma conferência geral sobre questões climáticas, como a COP-27 realizada no Egito em 2022, as atenções se voltam não apenas à redação do texto final que resulta das negociações entre as delegações dos países, mas também aos múltiplos encontros multissetoriais – entre agentes empresariais, pesquisadores, cientistas, juristas, organizações da sociedade civil, povos originários, redes de *advocacy*, lideranças ambientais, políticos e ex-políticos, entre outros – que acontecem em paralelo.

Finalmente, mesmo os próprios direitos nacionais passaram a incorporar novas gramáticas para lidar com alguns dos fenômenos oriundos de dinâmicas regulatórias não estatais, provendo a expressão “direito estatal” de mais nuances do que as teorias estatistas comumente conseguiam captar. Zumbansen (2011) traz um bom exemplo ao mencionar que o Código de Governança Corporativa alemão contém ao mesmo tempo normas (dever ser), recomendações (deveria ser) e até sugestões (poderia ser) em relação a comportamentos esperados. A *hard law* que caracteriza o direito estatal se mescla no mesmo documento com instrumentos comumente referidos como *soft law*, característica de muitas das regulações transnacionais.

Fornecendo um panorama geral sobre as transformações recentes da teoria do direito, Twining (2009, p. 5-6) aponta ao menos dez pressupostos da cultura acadêmica ocidental que passam a ser contestados no contexto da “globalização” – a citação, apesar de longa, é válida na medida em que resume bem o contexto em que se inserem algumas das discussões teóricas propostas nesta tese:

- [...] (a) que o direito consiste em dois tipos principais de ordenação: o direito doméstico estatal e o direito internacional público (classicamente concebido como regulando as relações entre Estados) (o ‘duo Westfaliano’);
- (b) que os Estados-nação, sociedades e sistemas jurídicos são entidades altamente fechadas e autodelimitadas que podem ser estudadas isoladamente;
- (c) que o direito e a teoria geral do direito modernos são seculares, largamente independentes de suas raízes histórico-culturais imersas na tradição judaico-cristã;
- (d) que o direito estatal moderno é primordialmente racional-burocrático e instrumental, realizando certas funções e servindo como meio para se atingir fins sociais específicos;
- (e) que o direito é mais bem compreendido a partir de perspectivas ‘de cima para baixo’ de governantes, legisladores e elites, sendo apenas marginais os pontos de vista dos usuários, consumidores, vítimas e outros indivíduos;
- (f) que os temas principais de estudo do direito são as ideias e normas em vez do estudo empírico dos fatos sociais;
- (g) que o direito estatal moderno é quase exclusivamente uma criação do Norte (europeu/anglo-americano), difundido pela maior parte do mundo via colonialismo, imperialismo, comércio e influências pós-coloniais recentes;
- (h) que o estudo de tradições jurídicas não ocidentais é uma parte marginal e sem importância do estudo jurídico no Ocidente; e

- (i) que os valores fundamentais subjacentes ao direito moderno são universais, a despeito de suas fundações filosóficas serem diversas.

Sem necessidade de nos estendermos sobre cada item, cumpre ressaltar que o ponto “a” se tornou sem dúvida um dos maiores alvos de contestação com a emergência da literatura sobre fenômenos jurídicos transnacionais. Falar apenas em direito estatal ou internacional significa desconsiderar toda uma gama de regulações públicas e privadas que impacta a vida social de pessoas espalhadas por todo o globo. Se todas essas regulações podem ser designadas sob uma única alcunha, essa é uma questão que permanece em aberto. Outra questão é em que medida se pode falar que tais regulações são propriamente jurídicas. Trataremos dessas e de outras questões que afetam diretamente o modo de pensar a teoria do direito a seguir. Por ora, cumpre notar que a mensagem praticamente unívoca que os estudos “pluralistas”, “transnacionais” ou “globais” passam é a de que pensar a teoria do direito de forma ampla hoje significa ir além do caso supostamente central dos sistemas jurídicos domésticos.

Ao nos aproximarmos de um objeto de estudo como as autoridades públicas transnacionais, por exemplo, é difícil tirarmos conclusões relevantes a partir de uma leitura teórica firmemente assentada no direito estatal. Se adotarmos a visão de que o direito implica, por exemplo, uma organização sistemática dos materiais jurídicos ou o monopólio do uso da força, ou então uma noção de autoridade soberana, provavelmente constataremos muitos déficits no direito produzido transnacionalmente. Seremos levados então a criticar essas regulações pela ausência de elementos supostamente ideais e não por aquilo que elas efetivamente produzem. Uma crítica nesse sentido pode até ser válida, mas dificilmente fará com que os debates do campo avancem.

Para que seja possível estabelecer um ponto de vista jurídico sobre nosso objeto, esse primeiro capítulo empreende algumas discussões necessárias que gravitam em torno da teoria do direito. A primeira seção oferece um panorama sobre os debates conceituais que emergiram a partir da disseminação de termos como direito “global” e “transnacional”. Na segunda parte, apontamos que o debate central sobre a identificação do direito que afeta tentativas contemporâneas de teorização que levam em consideração manifestações jurídicas não estatais possui um antecedente histórico importante na tradição do “pluralismo jurídico”.

A terceira seção mostra que, apesar das críticas feitas a esta tradição teórica, ela permanece em voga nos debates sobre transnacionalização do direito. Contudo, o antigo problema da distinção entre direito e outras normatividades sociais quedou sem resolução aparente. Uma solução desse tipo, baseada na visão convencionalista de Tamanaha, é

apresentada na quarta e principal seção do capítulo, que estabelece a proposta de uma identificação do direito a partir da noção de “significado jurídico” e do conceito de “multinormatividade”.

Finalizando o capítulo, a quinta seção aborda o status assumido pelo direito internacional em relação aos fenômenos jurídicos contemporâneos, enquanto a sexta seção faz um apanhado geral sobre como noções fundamentais como autoridade, legalidade e legitimidade são redesenhadas a partir das mudanças de pressupostos teóricos que a teoria do direito tem empreendido.

2.1 Direito global/transnacional?

Os fenômenos jurídicos não estatais que ganharam força nas últimas décadas são múltiplos e diversos, e o mesmo pode ser dito da literatura que procura explicá-los. Desde os pressupostos mais básicos, o debate teórico é extremamente controverso e fragmentado. Mas comecemos por aquilo que parece ser a única unanimidade, ou a própria condição de existência do debate: a identificação de uma tendência de multiplicação de contextos de produção e circulação do direito que transcendem as fronteiras dos Estados.

Nas últimas décadas, sobretudo após o fim da Guerra Fria, houve um incremento considerável de instituições, regulações, códigos de conduta, normas e outros instrumentos comumente identificáveis como jurídicos para além das estruturas consolidadas dos direitos nacionais e do direito internacional público. Organismos multissetoriais, corporações internacionais, organizações não governamentais, tribunais arbitrais e diversos outros atores contribuíram e contribuem cada vez mais para um processo de descentralização da produção jurídica “oficial”, outrora fundamentalmente associada aos Estados tanto interna (por meio da afirmação de jurisdição territorial) como externamente (via acordos, tratados e outros instrumentos jurídicos internacionais). Alguns desses atores foram responsáveis pela criação de novas ordens normativas paralelas aos Estados, enquanto outros se incorporaram a complexas redes regulatórias já existentes, muitas vezes coordenadas pelas próprias organizações intergovernamentais, cada vez mais abertas ao reconhecimento e à participação de entidades não estatais em seu funcionamento.

Mas uma vez que essa tendência de pluralidade de fontes representa tão somente uma convergência abstrata de diversos tipos de regulação com características, funções, procedimentos e objetivos distintos, torna-se difícil interpretar todos esses fenômenos a partir de uma única lente ou conceito. Até porque, de modo geral, não dispomos da experiência

histórica necessária para analisar ou simplesmente nomear devidamente os objetos em questão. Evidente que experiências de pluralismo, como já mencionamos, são a verdadeira tônica da história do direito. Mas em nenhum momento dispúnhamos ao mesmo tempo de uma visão sobre direito tão consolidada teoricamente – o direito estatal moderno – e de tantos arranjos institucionais, normas ou dinâmicas regulatórias que não se enquadram muito bem nesse modelo. Essa circunstância potencialmente abre uma grande margem de aprendizado, mas também implica em disputas sobre todo e qualquer fundamento que venha a ser proposto no debate.

Diferentes interpretações sobre os fenômenos regulatórios transnacionais são resultado não apenas de um enfoque maior em ou outro objeto, mas da adoção de diferentes epistemologias. Essas divergências epistêmicas facilmente se traduzem em diferenças terminológicas sobre os mesmos objetos, o que leva às dificuldades de comunicação no debate teórico resumidas por David Roth-Isigkeit (2018, p. 34):

O discurso tem falhado amplamente em operar em uma moldura comum, isto é, em se engajar em uma busca comum por conceitos e significados. Como em uma disputa retórica, diferentes abordagens destacam diferentes aspectos do mundo social para convencer a audiência e aumentar as chances de implementação de seu modelo social preferido. Uma vez que as teorias sujeitam a prática a demandas por justificação, essa fragmentação conceitual dificulta a capacidade de orientação do leitor em um mundo social complexo.

Trataremos mais adiante de alguns dos elementos que compõem os diferentes modelos a que Roth-Isigkeit se refere, bem como de sua louvável tentativa de criar um “mapa metateórico” para o debate como forma de permitir um diálogo mínimo entre abordagens divergentes. Por ora, o que importa notar é a presença de uma divergência fundamental no que diz respeito aos próprios diagnósticos, isto é, sobre o que os fenômenos observados significam em termos de direito. Isso implica não ser possível falar em uma teoria do direito “nova” somente porque determinados fenômenos normativos/jurídicos/regulatórios, sobretudo não estatais, emergiram. Não se trata simplesmente de atualizar o pensamento jurídico conforme determinadas tendências, uma vez que as próprias tendências estão em disputa através de leituras baseadas em diferentes epistemologias. Onde há alguém vendo direito, há também alguém vendo um fenômeno não propriamente jurídico, mas uma simples regulação – enquanto uma terceira pessoa está defendendo que é desnecessário identificar aquele mesmo fenômeno como sendo ou não direito. Onde uns enxergam normas que direcionam comportamentos, outros veem atos comunicativos que condicionam expectativas. E assim por diante.

A problemática da terminologia, mesmo em relação aos objetos mais genéricos, é sintomática do nível de divergência encontrado no discurso sobre fenômenos jurídicos transnacionais. Evidentemente, não é tarefa fácil enquadrar a enorme multiplicidade de movimentos regulatórios utilizando um único termo. Mas ao menos para fins sistemáticos, a literatura teórica não deixou de propor alguns candidatos: “direito global” e “direito transnacional” talvez sejam os principais entre eles. A divergência que se estabeleceu acerca destes termos, embora escape mais diretamente do nosso foco principal, se mostra no entanto bastante instrutiva para compreender o que está em jogo na discussão.

Primeiramente, é preciso notar que mesmo quem defende o uso dessas expressões reconhece não ser possível falar em direito global ou transnacional como algo sistemático, unificado ou coerente. Não se trata de algo equiparável – e muito menos um substituto – às noções de “direito estatal” ou “direito internacional”, em que pese estes termos muitas vezes também encontrem suas próprias dificuldades ao tentarem se reportar a um conjunto preciso e determinado de objetos. Há um reconhecimento bastante difundido de que as novas expressões representam sobretudo um chamado a novas formas de teorização do direito que não se encontram – e talvez jamais se encontrem – prontas ou acabadas.

É possível encontrar versões mais precisas e afirmativas sobretudo em relação à expressão “direito global”, mas logo percebe-se que para sustentarem seu ponto de vista elas precisariam competir com versões que enfatizam objetos, espaços ou dinâmicas distintas – o que compromete de saída a possibilidade de serem confrontadas em um terreno comum. Fabra-Zamora (2021, p. 118) elenca algumas das definições de direito global encontradas na literatura:

Para muitos autores, o direito global é um sistema meta-jurídico que governa todos os Estados, o direito internacional e os fenômenos jurídicos subglobais; para outros, é limitado a assuntos que concernem “a humanidade como um todo”, como os direitos humanos e as punições por crimes de guerra; para outros, ele deveria ser restrito a bens “genuinamente” globais que são a herança comum da humanidade, como os oceanos, o Ártico e o espaço sideral; para outros ainda, a *lex mercatoria* e outras ordens transestatais são os melhores exemplos de direito global pois as fronteiras nacionais não as constroem.

O primeiro sentido mencionado na passagem se aproxima das propostas de um “direito mundial” (BERMAN, 1994), pensado como um movimento de universalização de certos procedimentos jurídicos que possibilitaria a comunicação entre diferentes níveis e atores. Trata-se de uma perspectiva minoritária e largamente desacreditada em estudos mais contemporâneos sobre o tema. Já o segundo sentido, que é provavelmente o mais consensual

em termos de uma abrangência inequívoca do termo, considera global apenas aquilo que é caro à humanidade em geral, sejam determinados assuntos (punições por crimes de guerra) ou bens considerados patrimônio mundial (oceanos, Ártico etc.). Aqueles que levantam fortes suspeitas sobre a utilização da expressão direito global, como Twining (2009), consideram que esse é o único emprego verdadeiramente apropriado, na medida em que se refere a um direito “planetário”. Por fim, uma terceira definição estabelece como casos centrais fenômenos regulatórios públicos e privados como “a *lex mercatoria* e outras ordens transestatais.” Essa posição é comumente associada, embora não de forma exclusiva, com uma releitura situada dentro da teoria sistêmica luhmaniana, encampada especialmente por Gunther Teubner.

Em um influente artigo, Teubner (2003) recuperou a ideia de “direito vivo” de Eugen Ehrlich (1986) como inspiração para sua reflexão teórica sobre o que chamou de direito global: um direito criado e impulsionado pela prática de atores globais em diversas áreas, cujas regras são respeitadas mesmo sem a ameaça de sanções comparáveis à coerção estatal. Ao afirmar que “não é a política, mas a própria sociedade civil que cria para si mesma o seu *direito vivo* – a uma distância relativa, e mesmo em oposição à política”, Ehrlich teria concebido um prognóstico que, de acordo com Teubner (2003, p. 10), viria a se mostrar correto em relação ao ordenamento jurídico global em vias de formação. Ainda que a natureza dos vínculos desse direito não seja exatamente a mesma comparado ao que Ehrlich tinha em mente quando desenvolveu sua concepção¹⁷, seu modelo fragmentado ou difuso de formação e circulação serviu muito bem à tese de Teubner (2003, p. 14) de que “o direito mundial desenvolve-se a partir das periferias sociais, a partir das zonas de contato com outros sistemas sociais, e não no centro de instituições de Estados-nações ou de instituições internacionais.”

Por conta de seus múltiplos processos simultâneos localizados em diferentes áreas (em primeiro lugar na economia, mas também na ciência, na saúde, na cultura etc.), somente uma teoria jurídica pluralista poderia, na visão de Teubner (2003), explicar adequadamente o direito global. Essa formação multifacetada do direito global implicaria em ao menos quatro características diferentes em comparação às formas tradicionais do direito estatal: suas fronteiras não são mais territoriais, mas redes sociais “invisíveis”; sua fonte não reside em corpos legislativos tradicionais, mas em “processos de auto-organização de ‘acoplamento estrutural’ do direito” e processos especializados de cada área; em vez de institucionalmente

¹⁷ "Ehrlich, naturalmente, transfigura e idealiza aqui o papel criador de direito dos costumes, usos e práticas em sociedades rurais. No entanto, nos processos de globalização do presente, o seu *direito vivo* adquire um outro significado, bastante dramático. Baseia-se em processos sociais técnicos e frios, não em vínculos que recendem à familiaridade comunitária." (TEUBNER, 2003, p. 14).

isolado dentro de um Estado, o direito global apresenta uma “dependência difusa, mas estreita da sua respectiva área social especializada”; e, por fim, ele caracteriza-se não pela unidade (importante no contexto estatal), mas por uma variedade de fontes (TEUBNER, 2003, p. 14).

A despeito das possíveis controvérsias acerca da terminologia invocada por Teubner, sua caracterização inicial aponta aspectos importantes e relativamente consensuais sobre os fenômenos jurídicos transnacionais. Mesmo que por ventura se rechace a utilização de termos intimamente ligados à teoria dos sistemas como “acoplamento estrutural”, há que se admitir que as novas regulações transnacionais não tomam forma por meio de processos legislativos análogos aos que acontecem no interior dos Estados. Ou então, mesmo contrapondo-se ao diagnóstico de fragmentação que Teubner (2016) viria a radicalizar anos depois, é difícil negar uma setorialização do espaço jurídico transnacional, de forma que o aspecto territorial das regulações é normalmente substituído pelo critério funcional (JOVANOVIC, 2020, p. 66-67).

Sentido semelhante ao empregado por Teubner foi talvez o mais influente no começo das discussões sobre direito global no Brasil, realizadas sobretudo no âmbito da Sociedade Brasileira de Direito Público (SUNDFELD; VIEIRA, 1999). O mote principal do debate foi o da emergência de fenômenos jurídicos intensificados pela “globalização econômica”, com ênfase para o que ela significava diante das assimetrias de poder existentes entre o Norte e o Sul globais. A influência da teoria dos sistemas também se fez presente logo no início, não propriamente via Teubner, mas por autores como Raffaele de Georgi (CAMPILONGO, 1999).

Independentemente das filiações teóricas assumidas, o fato é que o discurso sobre direito global se propagou por diversos contextos, mas o ponto de partida da grande maioria de suas reflexões pode ser, geograficamente falando, situado de forma bastante restrita a partes da Europa e dos Estados Unidos. Isso não deixou de suscitar algumas reservas não apenas de outras partes do globo (a “periferia”), mas também de quem faz teoria no interior desses próprios “centros”. Nesse contexto, a posição mais contundente a respeito talvez seja a de William Twining. A quantidade de fenômenos distintos que a noção de direito global almeja dar conta seria uma razão suficiente para que se tenha cautela, segundo Twining (2009), ao se descrever dinâmicas complexas utilizando as chamadas “palavras-G”: global, globalizante, globalização etc. Ao mesmo tempo em que são comumente utilizadas de forma ambígua e despreziosa, o autor argumenta que estas palavras induzem a literatura a certa

negligência em relação aos níveis regulatórios intermediários situados entre o âmbito local e o âmbito que pode ser considerado efetivamente global.¹⁸

Ou seja, o uso indiscriminado do adjetivo “global” arrisca embaralhar a visão de um panorama não hierárquico de múltiplas relações entre instituições situadas em diferentes níveis. Twining (2009, p. 15) quer chamar atenção para a importância de se investigar em detalhes cada um destes níveis, cujas dinâmicas nem sempre podem ser tratadas com a devida justiça apelando-se a uma das três rubricas mais comuns no campo teórico: global, regional ou nacional. Isso não significa, contudo, que não faça sentido pensar sob uma *perspectiva* global:

Nós talvez não sejamos capazes de extirpar totalmente as palavras-G do nosso vocabulário – de fato existem questões e fenômenos genuinamente globais, e uma perspectiva global pode ser útil para estabelecer um contexto mais amplo e apresentar visões mais gerais. No entanto, toda vez que ouvirmos uma palavra-G deveríamos parar e nos perguntar: ela está sendo usada de forma precisa no contexto ou é exagerada, superficial, enganosa, simplista, etnocêntrica, falsa ou simplesmente sem sentido? (TWINING, 2009, p. 18).

Ninguém pode dizer que o receio de Twining é exagerado, ou ao menos ninguém que considere seriamente o peso que algumas expressões encampadas historicamente pelo direito internacional – como a de “nações civilizadas” – exerceu na legitimação de atitudes hegemônicas e empreendimentos colonizatórios por parte, sobretudo, de nações europeias.¹⁹ É compreensível que, adotando-se uma perspectiva enraizada nas experiências da parte sul do globo, uma expressão como direito global seja vista com suspeitas, uma vez que a inclusão de certas partes deste “global” se dá muitas vezes de forma tão somente marginal. Assim, falar em direito global pode facilmente remeter a uma perspectiva superficial e etnocêntrica sobre a realidade jurídica de diferentes partes do globo. Halliday e Shaffer (2015, p. 3-4) compartilham dessa visão crítica à utilização do termo, que pode ser considerado como o “argumento geográfico” contra o direito global:

O termo direito “global” implica que as normas jurídicas estão sendo criadas e difundidas globalmente em diferentes domínios jurídicos que não necessariamente envolvem o direito internacional tradicional entre Estados-nação. Essa terminologia do direito “global” é enganosa pois muitas das ordens jurídicas atuais não são globais em seu alcance geográfico, mas envolvem variações em suas ordenações para além do Estado. Uma vez que o escopo geográfico, substantivo e organizacional dessas ordenações varia, e na medida em que elas envolvem tanto atores públicos como privados, esses processos são mais bem capturados pelos conceitos de *ordens jurídicas transnacionais* ou *ordenação jurídica transnacional*.

¹⁸ Twining (2010, p. 505) considera propriamente “global” apenas o direito que envolve questões ambientais a nível planetário e, eventualmente, o direito relativo ao espaço sideral.

¹⁹ Para uma visão ampla sobre o tema, ver Koskeniemi (2001).

Além de substituírem o “global” pela expressão “transnacional”, sensivelmente mais modesta, os autores hesitam falar em “direito” como objeto singular, apelando para a expressão – mais atenta à diversidade de objetos existentes – “ordens jurídicas”. Especialmente em trabalhos empíricos, essa terminologia menos pretensiosa possui certamente uma vantagem: ao mesmo tempo em que consegue apontar de maneira genérica para o objeto regulatório em questão, não pressupõe que ele apresente características em comum a outras regulações de tal modo que se possa falar em um “direito” que se manifeste de forma “global”.

Contudo, parte da literatura interessada em estabelecer balizas para o debate teórico não recuou diante das críticas mencionadas. Neil Walker (2015, p. 10) afirma, por exemplo, que “os perigos sobre os quais fala Twining são verdadeiros, mas não fornecem uma prova definitiva contra o uso da linguagem do direito global”. A argumentação que o autor empreende a seguir pode ser vista como um grande “apesar de”. Falar em direito global pode sim ser perigoso, enganoso, simplificador – em suma, todas os adjetivos que Twining emprega. Mas apesar disso pode ser útil, sobretudo por um motivo: porque a conversação sobre direito global “ecoa uma série de mudanças subjacentes ao padrão de formação, distribuição e circulação do direito” (WALKER, 2015, p. 10).²⁰

Assim, o que Walker (2015, p. 18) qualifica como direito global é o “endosso prático ou comprometimento com a garantia universal ou genericamente global de algumas leis ou de algumas dimensões do direito”. Isso quer dizer que o aspecto verdadeiramente global do direito se encontra antes em sua destinação – territorialmente ilimitada *a priori* – do que em sua fonte. Ou seja, Walker não intui o direito global a partir da constatação de que novas formas jurídicas “globalizadas” emergiram, o tipo de exercício que Twining considera perigoso. Em vez disso, o direito global é lido aqui como certa ambição que alguns materiais jurídicos eventualmente são capazes de apresentar no sentido de “reivindicarem ou assumirem uma justificativa universal ou globalmente pervasiva para sua aplicação” (WALKER, 2015, p. 22).

Essa ambição global ressaltada por Walker é particularmente importante no âmbito das autoridades públicas transnacionais. Pensemos na ICANN, por exemplo, e nos seus processos de tomada de decisão que potencialmente afetam a internet no mundo inteiro.

²⁰ Essa é, segundo Walker (2015, p. 10), a camada “estrutural” do argumento que defende levar a sério a ideia de direito global. O autor aponta também uma camada “retórica”, que diz respeito ao aumento do uso da expressão no “mundo real”, e uma camada “epistêmica”, uma vez que a tendência estrutural objetiva e o discurso a partir do qual ela é articulada suscitam mudanças importantes “na própria forma na qual pensamos sobre a autoridade jurídica”.

Descrevê-la como uma ordem jurídica transnacional, para utilizar a linguagem de Halliday e Shaffer (2015), significa dizer que ela é mais uma entre muitas ordens normativas públicas ou privadas que operam para além das fronteiras do Estado. Isso não deixa de ser verdade, mas não faz completa justiça ao tipo de aspiração que uma instituição como a ICANN carrega, ou ao menos ao tamanho da responsabilidade que foi depositada sobre seus ombros. A legitimidade de seu exercício como autoridade pública depende, ou deveria depender, da possibilidade de universalização de suas regras, processos e razões argumentativas – se eles levam em conta, por exemplo, o equilíbrio das condições de funcionamento da rede ou o entorno formado por regulações de outras áreas. Suas fontes podem não ser globais, mas seu alcance é – logo, o direito por ela produzido poderia ser considerado não apenas como transnacional, mas global.

Considerando a marcada ausência de formas jurídicas hierárquicas ou de textos jurídicos universalmente aceitos no âmbito transnacional, o direito global entrevisto por Walker (2015, p. 27) revela-se também bastante dinâmico: trata-se mais de um “contestável tornar-se” do que de um “sucesso alçando por correções”. Como tal, não apresenta nenhuma “fonte ou *pedigree* específico”, podendo ser estabelecido por meio de diferentes dinâmicas:

[...] a universalidade ou generalidade do direito global pode ser questão de uma “busca por fontes” de direito em instituições ou protocolos globalmente extensos ou convenções sobre formação de regras. Ou pode envolver o endosso de um domínio jurídico universal em um contexto específico local. Ou pode ser encontrado no reconhecimento e desenvolvimento interespaçial de um corpo de doutrina compartilhado ou de uma visão de mundo jurídica geral. Além disso, essas não são categorias fechadas; frequentemente veremos que elas interagem, se combinam e se constroem umas a partir das outras. (WALKER, 2015, p. 21).

Em David Roth-Isigkeit (2018, p. 66) encontramos uma posição semelhante, confessadamente inspirada em Walker (2015): ao mesmo tempo em que reconhece que o emprego do termo direito global está longe de ser pacífico, o autor argumenta que “o fenômeno da pluralidade, com todas as suas consequências, é tão abrangente que, se precisamos dar um nome a ele, ‘global’ talvez seja o termo mais apropriado”. Ou seja, uma versão conscientemente modesta de direito global seria preferível a não poder utilizar, nem para fins explicativos, um termo único capaz de designar uma série de transformações amplamente reconhecidas na forma como o direito circula através de atores e instituições supra, inter ou transnacionais.

Contudo, Walker (2015) também reconhece a existência de outro candidato apropriado a ser utilizado como termo genérico, e que inclusive carrega certa primazia por ser mais

antigo: trata-se do conceito de “direito transnacional” proposto por Phillip Jessup (1956, p. 2), destinado a nomear “todo o direito que regula ações ou eventos que transcendem fronteiras nacionais”, o que inclui “tanto o direito internacional público como o privado, assim como outras regras que não se encaixam totalmente nestas categorias”. Algumas décadas antes da explosão da literatura sobre o tema, Jessup (1956) já demonstrava com este termo uma abertura consciente aos diferentes fenômenos jurídicos públicos e privados não estatais que viriam a se intensificar posteriormente. Mas ciente também das dificuldades provocadas pela multiplicidade de manifestações do que chamou de “situações transnacionais”, o autor procurou não ir além de seu termo sabidamente genérico:

Como disse o Ministro Denning da Corte de Apelação, alguns advogados encontram soluções para cada dificuldade enquanto outros encontram dificuldades para cada solução. A solução sugerida aqui é, ao menos por ora, que evitemos classificações adicionais de problemas transnacionais e definições adicionais de direito transnacional. Você não precisará ser um advogado para encontrar dificuldades para essa solução; elas ficarão bem aparentes. (JESSUP, 1956, p. 7-8).

E de fato, como o autor previu com sua anedota, as dificuldades apareceram aos montes. Os problemas transnacionais possíveis se multiplicaram de forma exponencial desde sua época. Mas, ironicamente, não foi possível avançar com muita certeza em direção às “definições adicionais” que Jessup (1956) preferiu omitir. Tampouco se pode dizer que seu conceito de direito transnacional tenha sido categoricamente derrotado por algum outro.²¹ É por isso que Walker (2015), ao propor sua noção de direito global, faz questão de afirmar que ela não se trata de um substituto moderno, mas de um enquadramento um pouco mais específico em relação ao termo proposto por Jessup.

É preciso ressaltar no entanto que a expressão direito transnacional permanece com muitos adeptos, mesmo que nem todos vejam em seu trabalho uma linha de continuidade em relação à obra precursora de Jessup. Há uma primeira razão bastante simples para adotá-la: uma vez que “transnacional” significa tudo aquilo que transcende o Estado-nação, seja qual for o alcance da regulação em questão, quem a utiliza se vê desobrigado de muitas das justificativas que partidários do direito global precisam fornecer. Ou seja, o “argumento geográfico” não se aplica nesse caso. Por outro lado, o termo direito transnacional tende a revelar muito menos sobre seu escopo e abrangência do que as diferentes versões de direito global. Em troca de adequação em um sentido mais geral, perde-se poder explicativo em situações específicas, como a que já mencionamos a respeito da ICANN. Mas há também

²¹ Uma importante apreciação crítica sobre esse aspecto se encontra em Zumbansen (org., 2020).

tentativas de aproximar o direito transnacional de um conteúdo, uma metodologia ou uma atitude teórica particulares, de modo que a expressão não signifique apenas a junção de seus dois elementos, isto é, pura e simplesmente todo o “direito” que é “transnacional”.

Em um exercício analítico, Craig Scott (2009) procurou distinguir três direções, não necessariamente conflitantes ou excludentes, pelas quais o direito transnacional poderia seguir, sendo ele tomado como um “proto-conceito”. O autor considera possível identificar uma concepção “tradicionalista”, que considera que manifestações de direito transnacional inevitavelmente recaem em formas de direito estatal ou direito internacional público/privado; uma concepção “decisionista”, que trata o direito transnacional como o resultado próprio da aplicação de métodos pertencentes ao direito estatal/internacional; e, por fim, o “pluralismo sociojurídico transnacional”, que reconhece o direito transnacional como um objeto próprio que não se enquadra completamente nas categorias jurídicas estatais ou internacionais.

Curiosamente, Scott (2009) não cita nenhum representante da primeira concepção. Na verdade, parece lógico supor que um eventual defensor dessa visão não veria necessidade de utilizar a expressão direito transnacional na medida em que crê que tudo pode ser resumido às formas jurídicas tradicionais. A discussão sobre direito global ou transnacional parece começar justamente quando se reconhece que estas formas já não dão conta de explicar certos fenômenos regulatórios. Já em relação à segunda concepção, o autor aponta como exemplo a tradição teórica do “processo jurídico transnacional”, cuja origem remete a Harold Koh e os trabalhos da New Haven School. Trataremos mais adiante da visão dessa corrente e de sua íntima relação com o direito internacional. Finalmente, é em torno da terceira concepção que se reúne a esmagadora maioria da literatura sobre direito transnacional, sendo sobretudo ela que nos interessa aqui:

Essa é uma abordagem que de fato vê o direito transnacional – ou caso se prefira evitar confundir esse rótulo com toda a categoria, ao menos o núcleo do direito transnacional – como sendo, em um sentido substancial, autônomo em relação ao direito internacional e ao direito doméstico, inclusive ao direito internacional privado enquanto disciplina jurídica transfronteiriça. Em vez de focar na definição ampla de Jessup que enxerga o direito transnacional como uma espécie de guarda-chuva sob o qual “outras normas” são colocadas junto ao direito internacional público e privado, essa abordagem enxerga essas “outras” normas como as verdadeiras – ou ao menos quintessenciais – regras transnacionais. (SCOTT, 2009, p. 873).

Esse sentido é muito parecido ao empregado por Teubner (2003) em relação ao direito global, de modo que as expressões são nesse caso inteiramente intercambiáveis, relativizando-se qualquer distinção substancial entre “transnacional” e “global”. De fato, não é raro

encontrar quem os utilize de forma indiscriminada. Mas então é de se esperar que eles não estejam sendo utilizados enquanto conceitos, a menos que haja uma explicação razoável para se considerar global e transnacional como sinônimos – algo que não se descarta, mas é certamente contraintuitivo. Do contrário, esforços analíticos como o de Scott (2009) parecem fundamentais – embora o dele, em particular, pouco acrescente rumo a uma definição mais precisa.

Uma visão mais recente sobre direito transnacional que se mostra consciente em relação ao seu difícil progresso enquanto conceito é expressa por Zumbansen (2020). Fazendo um breve apanhado do termo desde seu emprego inicial por Jessup, o autor defende uma concepção de direito transnacional menos analítica e mais aberta, em um sentido que lembra o direito global de Walker (2015) e, principalmente, o de Roth-Isigkeit (2018). Direito transnacional para Zumbansen (2020, p. 38) significa sobretudo um “marco terminológico para uma crítica abrangente e radical do direito no contexto atual”. O autor explica mais detalhadamente esse raciocínio da seguinte forma:

O direito transnacional busca confrontar as dimensões doutrinárias e conceituais do direito a partir de uma análise interdisciplinar sobre como as regras jurídicas emergem, como elas são disseminadas, quais atores estão envolvidos e onde. Ele é, portanto, tanto uma teoria do direito na tradição da análise sociojurídica das normas, atores e processos jurídicos quanto um projeto de crítica jurídica na tradição da teoria crítica social. Combinando essas qualidades, o direito transnacional é uma ferramenta jurídica ao mesmo tempo teórica e metodológica para escrutinar processos e atores da criação de normas jurídicas em contextos locais e globais, e não um fórum abstrato de deliberação filosófica sobre a “natureza” do direito. É também um projeto crítico que busca entender as condições sob as quais invocações de “direito” são feitas, contestadas e resistidas. (ZUMBANSEN, 2020, p. 40).

A passagem acima não resolve nenhum dos debates terminológicos sobre direito global/transnacional, e nem estabelece um conceito em sentido analítico. Mas ela resume de forma excepcional os desafios a que os exercícios de teorização levados a cabo sob essas e outras alcunhas efetivamente encampam. A tendência de pluralização de fontes jurídicas subjacente aos diagnósticos sobre a emergência de um direito global ou transnacional implica sobretudo em uma mudança de enfoque na teoria do direito. Sem fazer terra arrasada de conceitos e doutrinas jurídicas, o que o direito transnacional entrevisto por Zumbansen (2020) essencialmente propõe é uma mirada sobre as condições práticas de formação, operação e contestação de discursos e ações que levam o nome de “direito” em diferentes contextos.

Essa mirada é duplamente crítica.²² Primeiro, em relação à adoção de concepções tradicionalmente estatais ou internacionais para compreender os diversos fenômenos jurídicos transnacionais: sem descartá-los, ela os adota como pontos de referência por vezes mais ou menos aptos a auxiliar na compreensão de novas dinâmicas. Segundo, em relação aos próprios atores e processos que os compõem: criticar nesse sentido significa tanto não naturalizar arranjos que ditam o que o direito é como verificar as condições possíveis de contestação e resistência às “invocações” de direito.

A interdisciplinaridade é outro ponto importante a ser ressaltado aqui. Os discursos sobre direito global ou transnacional frequentemente se misturam com análises oriundas das relações internacionais ou da ciência política de uma forma semelhante com a qual os estudos pluralistas “pré-globais” se aliavam a diagnósticos da antropologia ou da sociologia. Isso não acontece por acaso, mas é uma característica definidora desses campos: tanto o pluralismo jurídico clássico como o direito global/transnacional entendem que o direito não é totalmente explicável por conceitos propriamente jurídicos, e suas condições de produção e circulação influenciam de modo decisivo o seu conteúdo.

A visão de direito transnacional de Zumbansen (2020, p. 43) como “um espaço e laboratório metodológico crítico” talvez seja a mais produtiva para os propósitos dessa tese e a que melhor resume seus objetivos. As visões de direito global de Walker (2015) e Roth-Isigkeit (2018), ainda que menos completas nesse sentido, também nos parecem fornecer uma versão adequada sobre o que podemos esperar dessa terminologia – menos o conceito de um direito “novo” ou “autônomo” específico do que uma atitude teórico-crítica de contestação de antigos pressupostos à luz de novas experiências jurídicas.

Para além da proposta de uma visão pouco substantiva de direito global/transnacional, esses autores carregam em comum outra percepção importante: a de que os desafios trazidos por processos globalizantes, sobretudo econômicos, não são completamente novos para o direito. Walker (2015, p. 19), por exemplo, afirma que seu direito global não se trata de uma nova categoria em ao menos dois sentidos:

Primeiro, conceitualmente, ele não procura oferecer uma definição nova do direito em geral. Direito global é uma categoria antes adjetiva do que substantiva. Ao envolver “leis” ou “dimensões do direito” em seus próprios termos ele toma como pressuposto as formas jurídicas existentes e seu critério de definição, meramente

²² Ao falar de “teoria social crítica” (*critical social theory*), Zumbansen (2020) não explicita quem são suas referências. Também não é possível deduzi-las a partir do restante da obra. O que podemos notar, no entanto, é que sua concepção parece afinada com a metodologia crítica desta tese, conforme vamos explorá-la mais adiante. Isso não quer dizer, evidentemente, que reputamos como necessário qualquer tipo de filiação entre o pensamento do autor e a Teoria Crítica frankfurtiana – trata-se aqui de um exercício de apropriação teórica.

completando ou modificando elas de forma circunstancial para que sejam apropriadas à noção de uma “garantia universal ou genericamente global”. O direito global, portanto, fornece uma variação sobre um tema, aplicável de forma seletiva, em vez de um afastamento completo em relação a entendimentos conhecidos do direito. Segundo, empiricamente, o objeto de referência do direito global está longe de ser sem precedentes.

Ou seja, o conceito de direito global aparece aqui como forma complementar de análise dos materiais jurídicos, sem pretensão de modificar definitivamente como devemos entender a teoria geral do direito (*general jurisprudence*). Ademais, reconhece-se a continuidade histórica de exemplos empíricos que há muito contestam os pressupostos estatais tradicionais sobre o direito.

Ampliando a discussão sobre o eventual caráter de “novidade” do direito global/transnacional, cumpre mencionar algumas observações feitas por Mikhail Antonov (2021). Preocupado com a proliferação de um discurso muitas vezes vago e ambíguo sobre a “globalização” do direito²³, o autor se mostra cético em relação ao esforço de parte da teoria que consiste em abandonar facilmente antigas noções em prol de um discurso de que novas categorias explicativas seriam necessárias porque restaria evidente que o direito “mudou”. Ao procurarem descrever “objetivamente” a realidade social, as discussões sobre globalização passariam facilmente dessa descrição para uma conclusão em favor de certos ideais para o direito.

Assim, se a literatura descreve processos de privatização *no* direito, como por exemplo a emergência de uma nova *lex mercatoria*, isso concede margem para que se fale nesses processos como uma nova tendência representativa *do* direito contemporâneo. Logo, se foi o próprio direito que mudou, um novo vocabulário precisaria ser criado para dar conta das transformações ocorridas. Mas, paradoxalmente, esta nova linguagem da globalização acaba por não dispor de muito poder explicativo, uma vez que se encontra muito próxima de uma descrição objetiva da nova realidade socioeconômica e portanto “não proporciona as ferramentas conceituais” para descrever a própria realidade do direito (ANTONOV, 2021, p. 243). O ceticismo de Antonov (2021, p. 241), radical ao afirmar que “os fenômenos resumidos sob o título de pluralismo jurídico não têm originalidade histórica ou social”, parece justificado em seu ponto central, resumido no trecho a seguir:

²³ Afirma Antonov (2021, p. 244): “a adoção de um ‘vocabulário da globalização’ nada mais é do que a reafirmação da verdade velha e banal sobre a interconexão entre direito e economia: considerando que as estruturas econômicas são sujeitas às mudanças da ‘globalização’, pode-se esperar razoavelmente que a lei se sujeitaria a mudanças similares.”

Se o direito funciona traduzindo a realidade social para seus próprios termos, a fim de controlá-la, então globalização, pluralismo, sustentabilidade, e outras palavras podem ser meramente concebidas apenas como sinais que indicam a nova modalidade de controle social na qual os agentes tradicionais (Estados, corporações, etc.) são substituídos por outros, onde fontes tradicionais do direito cedem a outras. Como resultado, não é o direito (como um tipo especial de discurso social) que muda; mudanças podem ser verificadas no nível da cultura geral de pensamento, onde novos termos são apresentados para demonstrar o eterno problema de coordenação do social e do individual. (ANTONOV, 2021, p. 248-249).

Pode ser tentador naturalizar tendências de produção e circulação do direito que se manifestaram com mais força nas últimas décadas como uma espécie de nova face do direito. Assim, ao observar algumas das circunstâncias do “direito global” somos instados a dizer que o direito ficou, por exemplo, menos hierárquico e mais heterárquico; que a noção de autoridade passou a ser mais relativa do que absoluta; que em muitos arranjos institucionais os comportamentos dos atores são mais influenciados pela *soft law* do que pela coerção de normas tradicionalmente impostas.²⁴ E, de fato, essas observações não são somente o produto de uma ilusão acadêmica generalizada ou do predomínio de uma ideologia jurídica de tipo liberal. Elas podem sim ser tomadas como tendências objetivas, sendo extremamente custoso negligenciar sua presença. Mas o problema – e a preocupação de Antonov (2021) – aparece quando se pretende que estas tendências representem toda ou grande parte da verdade sobre o que o direito é e, principalmente, o que ele será.

A forma como Antonov enuncia o problema parece bastante compatível com a atitude crítica que esta tese encampa. Identificar e dar relevância a determinadas tendências é fundamental para que se faça uma crítica imanente da realidade social, mas não se deve naturalizá-las a ponto de enxergá-las como as únicas alternativas que nós poderíamos, de forma passiva, no máximo sermos capazes de descrever. Antonov (2021, p. 257) resume essa perspectiva ao afirmar que “não é razoável esperar que da substituição dos termos e dados factuais se possa obter um conhecimento inovador sobre a inter-relação entre direito e sociedade.” Ou seja, por mais calibrado que seja o vocabulário da literatura teórica sobre direito, pluralismo e globalização, ele não afasta a necessidade de se pensar a realidade social por meio de categorias herdadas da teoria e filosofia sociais, como é o caso da Teoria Crítica – trataremos mais adiante das possíveis consequências de se compreender os fenômenos jurídicos não estatais sob seu viés emancipatório.

Por ora, recapitulando o que expomos até aqui, vimos que a “tendência” expressa pelo direito global ou transnacional, embora não exatamente nova, é relativamente consensual. O

²⁴ Catá Becker (2012), por exemplo, argumenta que o direito global é marcado por quatro características principais: fratura, fluidez, permeabilidade e policentricidade.

discurso sobre a globalização do direito pode ser por vezes elusivo, mas as evidências empíricas que o situam são facilmente reconhecíveis. Existe um ponto de partida objetivo no debate, que é a intensificação de um processo que resulta na multiplicação de esferas de produção e circulação do direito para além da ação dos Estados. Ainda que, na simples tentativa de nomear esse ponto de partida, os consensos já se tornem mais escassos.

A esta altura, já deve parecer evidente que o debate principal não versa sobre qual a melhor terminologia a ser utilizada – se direito global, direito transnacional, ordens jurídicas transnacionais ou outra alternativa – para se referir às tendências que aludimos. Ao mobilizar a discussão terminológica, tocamos na verdade em algumas questões mais profundas que elas sugerem. O direito global/transnacional propõe uma descontinuidade em relação ao pensamento jurídico tradicional? Suas múltiplas manifestações possibilitam sua abstração em torno de um único termo, sem que se recaia nos perigos sobre os quais Twining (2009) nos alerta? Suas evidências empíricas são de fato assim tão novas?

Por ora, sustentamos que a proposta de Zumbansen (2020) é aquela que representa as melhores respostas, do nosso ponto de vista, a essas questões iniciais. O que não quer dizer que “direito transnacional” seja a melhor expressão ou que a concepção de Zumbansen (2020) não seja vulnerável às críticas de Twining (2009). Mas somente que, para nos referimos de modo genérico ao que temos chamado de “tendência” de pluralização de centros de criação e circulação do direito no espaço transnacional, esse termo, da forma como é empregado pelo autor, representa um ponto de partida fértil para análises mais específicas sobre objetos regulatórios transnacionais.

Contudo, permanece em aberto uma questão fundamental, a ser explorada na sequência desse capítulo. O que é referido como direito global ou transnacional na literatura jurídica muitas vezes é o que outras disciplinas, como as relações internacionais e a teoria política, consideram como “governança” ou simplesmente “regulação”. As constatações empíricas que despertam o interesse de todas elas podem ser resumidas em uma preocupação comum: há uma tendência de aumento de instâncias e modalidades regulatórias que exercem autoridade efetiva – ainda que em graus variados – desafiando noções tradicionalmente baseadas na ideia de governo. Disciplinas não jurídicas logicamente não estão tão preocupadas em definir se determinada regulação é ou não jurídica, pois o direito não é seu objeto primordial de estudo. Se tratando ou não de direito, elas enfatizam mais os impactos práticos provocados nos atores envolvidos; nesse sentido, termos como governança ou regulação são suficientes para descrever os fenômenos sem criar imbrólios teóricos desnecessários.

Contudo, não se pode simplesmente passar de “governança”²⁵ para “direito”, ou de uma área para outra, sem levar em consideração a forma como uma delas define seu objeto de estudo. Logo, esse é um motivo adicional, para além dos que já abordamos, que torna a busca por expressões como direito global ou transnacional tão complicada, ou ao menos mais disputada em sua respectiva área do que uma noção como a de “governança global”: o problema não atinge apenas o adjetivo “global”, mas também o substantivo “direito”. Pode-se argumentar com razão que não existe um consenso inabalável acerca do significado da palavra governança. Mas isso não cria o tipo de ruído que se observa quando se menciona a palavra direito no campo acadêmico que supostamente deve zelar pelo seu sentido. A distinção governança/não governança certamente tem muito menos valor do ponto de vista teórico, e peso do ponto de vista prático, do que a distinção direito/não direito. Tratar algo como direito levanta uma série de implicações conceituais e históricas bastante específicas. No mínimo, suscita a pergunta “o que é direito?”, a questão mais onipresente e ao mesmo tempo mais difícil de ser respondida dentro da teoria jurídica, pois falar em direito global ou transnacional significa pressupor um critério minimamente definido para se distinguir o que é ou não é direito.

Para compreender o papel que “direito” assume em fenômenos regulatórios transnacionais – que é o que procuramos fazer nessa tese, em relação à legitimação de autoridades públicas transnacionais – não parece uma boa ideia simplesmente pressupor que tudo é direito. É verdade que a literatura jurídica sobre fenômenos transnacionais se preocupa com o fato de que quando tudo é direito, o direito já não significa nada (ZUMBANSEN, 2020, p. 38). No entanto, o direito ainda é largamente visto como, na expressão de Somek (2009, p. 988), o “termo padrão de descrição” (*default descriptor*). Para além da questão dele ser o objeto de estudo da teoria jurídica, isso também acontece em razão da importância que costuma ser atribuída ao termo direito quando comparado com outros termos, como governança ou regulação (JOVANOVIC, 2020, p. 70). Assim, a teoria jurídica contemporânea se vê em uma encruzilhada. Diversas dinâmicas regulatórias que incluem novas formas jurídicas contestam os pressupostos tradicionais da teoria do direito. Ao mesmo tempo, quando nos desapegamos desses pressupostos, perdemos os principais pontos de referência que possuíamos para determinar, afinal, onde está o direito e qual o seu papel em

²⁵ Para um panorama sobre das diversas conceituações acerca do termo governança, ver Welch (2013). Na definição clássica de James Rosenau (1995, p. 16), a governança global significa “a soma de uma miríade – literalmente milhões – de mecanismos de controle conduzidos por diferentes histórias, objetivos, estruturas e processos”, todos eles relacionados de um algum modo a áreas ou problemas transnacionais.

uma série de regulações ou arranjos de governança que certamente contém direito, mas também contém mais do que apenas direito.

Diante desse dilema, Fabra-Zamora (2021, p. 111) sugere que o discurso sobre fenômenos jurídicos não estatais (principalmente transnacionais) se sustenta sobre bases frágeis, “sem uma linguagem compartilhada para capturar de forma precisa e discutir esses fenômenos”. Ao mesmo tempo em que se defende que as teorias jurídicas estatistas erram ao desconsiderarem os fenômenos não estatais, não fica evidente qual o desafio que a identificação destes fenômenos representa para elas. Ou seja, a questão que permanece é: o que implica para a teoria do direito colocar fenômenos jurídicos não estatais como casos centrais?

Um primeiro passo para se buscar uma resposta, segundo Fabra-Zamora (2021, p. 111), passa pela retomada da questão “o que é direito?”. A avalanche de termos empregados pela literatura teórica – pluralismo jurídico, governança, direito global, direito transnacional etc. – não pode esconder a necessidade de se enfrentar essa questão persistente na teoria do direito. Enfrentar, é claro, é muito diferente de resolvê-la em definitivo – essa é uma pretensão que nem um positivista como Hart (2009) considerava razoável de ser atingida. Diante dessa já conhecida dificuldade, agravada pelo aumento de fenômenos a serem considerados ao se buscar uma resposta, há quem defenda, como veremos mais adiante, que a melhor saída seria ignorar a pertinência da questão. Entretanto, não parece ser possível escapar dela por um simples motivo:

[...] quando teóricos que desenvolvem investigações empíricas, político-morais ou doutrinárias sobre o direito não estatal são pressionados a explicar, por exemplo, por que eles selecionaram alguns objetos e excluíram outros ou por que eles consideram certos fenômenos como direito, esses teóricos fornecem alguma descrição de direito, ainda que não como definição. (FABRA-ZAMORA, 2021, p. 124).

Ou seja, questões teóricas sobre o direito são inevitáveis e precisam ser, de alguma forma, resolvidas no começo da investigação. Do contrário, elas “tendem a voltar de forma não anunciada no momento em que se procura justificar um diagnóstico particular, resolver um caso difícil ou fornecer detalhes mais refinados” (FABRA-ZAMORA, 2021, p. 127). Na ausência de um compromisso explícito com a questão “o que é direito?”, isto é, com uma descrição sobre o que o direito transnacional representa em termos conceituais e qual o método utilizado para identificá-lo, corre-se o risco de embaralhar as análises. Desistir de falar em direito não parece uma opção viável uma vez que se considere que este termo ainda carrega uma importância na forma como os atores envolvidos nas regulações transnacionais

se comportam. Assim, é preciso se comprometer com uma descrição acurada, no mínimo, acerca do que o direito é capaz de fazer.

Mas assim como foi sugerido que as tendências nomeadas como direito global ou transnacional não chegam a representar uma verdadeira novidade para a teoria do direito, podemos dizer que esses problemas de definição tampouco são novos. Trata-se de uma problemática com a qual as correntes do chamado “pluralismo jurídico” vem se debatendo, sem muito sucesso, desde seus escritos mais clássicos. Na sequência do trabalho, retomaremos os antecedentes dessa discussão como primeiro passo para articular um critério de identificação do direito que possa servir aos nossos propósitos e nos ajudar a responder de maneira apropriada aos desafios teóricos que enumeramos.

Antes, porém, cumpre uma breve observação final sobre uma preocupação bastante difundida, como menciona Zumbansen (2020, p. 43), de que expressões como direito global e direito transnacional na verdade designam somente um corpo de normas autorregulatórias de atores privados que detém grande poder econômico ou político. Esse argumento sugere que a adoção desses rótulos interessaria sobretudo a uma elite capitalista que se aproveita da liberalização internacional de mercados por meio da flexibilização de normas jurídicas nos níveis domésticos ou internacionais.

De fato, muitas das regulações setoriais que cruzam fronteiras foram largamente estimuladas pelo movimento de “elites” mundiais no contexto da chamada globalização econômica. Contudo, em virtude de seu impacto e abrangência na vida social de uma gigantesca parcela da população que habita o globo terrestre, não faz sentido pensar que discussões sobre direito global/transnacional sejam um assunto que interessa apenas a projetos “hegemônicos”. A relação entre tendências econômicas liberalizantes e fenômenos jurídicos transnacionais é algo que sempre devemos ter em conta, mas não para indicar que devemos esvaziar esse debate ou descartar a maioria das regulações emergentes como um simples disfarce para demonstrações de supremacia econômica de alguns atores, que estariam em busca de uma fachada de legitimação para interações feitas à margem da opinião pública.²⁶ Diante das ameaças reais que tais poderes representam, parece ser preciso justamente marcar uma posição crítica nesse debate, disputando os eventuais sentidos de

²⁶ Essa parece ser a opinião de certo pluralismo jurídico “progressista” que enxerga no pluralismo jurídico “global” ou “transnacional” uma tentativa de cooptar um discurso teórico supostamente emancipatório em prol da justificação de arranjos hegemônicos. Assim, cria-se uma narrativa de que determinado pluralismo jurídico que se deduz das lutas sociais seria “verdadeiro”, enquanto aquele produzido por instâncias transnacionais não seria efetivamente um pluralismo, mas uma espécie de tentáculo dos poderes hegemônicos globais. Para um argumento nesse sentido, ver Wolkmer (2001). Na verdade, conforme veremos a seguir, o que a maioria dessas abordagens parece propor é uma discussão crítica das regulações de forma imanente, sem ignorar que elas existem mas sem conceder a elas uma legitimidade em função de sua mera existência.

expressões como direito global ou direito transnacional. Afinal, ninguém pode deter para si os significados inevitavelmente múltiplos das palavras “direito”, “global” ou “transnacional”.

2.2 Onde está o direito?

A teoria do direito sempre se viu às voltas com a definição do seu próprio objeto. A questão “o que é direito?” (e a principal questão subjacente, “o que diferencia o direito de outros tipos de normatividades?”) já foi respondida sob variadas formas ao longo da história. Especialmente a partir do século XX, intensificaram-se as respostas apoiadas em abordagens analíticas ou funcionalistas, que buscam identificar o núcleo do que seria o fenômeno jurídico e o que lhe é apenas contingente a partir de observações sobre os ambientes onde a palavra “direito” costuma circular. A ideia de que seria possível partir de intuições comuns até se chegar a um conceito mais refinado de direito alimentou (e ainda alimenta) as expectativas de boa parte da teoria jurídica.

Uma das tentativas mais famosas e influentes de enfrentar essa questão fundamental foi empreendida por Hart (2009) em seu *O conceito de direito*, originalmente publicado em 1961. Logo no começo do livro, Hart (2009, p. 3) destaca uma “estranha contraposição” entre uma antiga e aparentemente interminável discussão teórica sobre a natureza do direito, por um lado, e o fato de que “a maioria das pessoas, quando se lhes pede, consegue, com segurança e facilidade, citar exemplos do que venha a ser direito.” Descartando justificadamente a hipótese de que a teoria esteja complicando algo aparentemente simples, o teórico britânico identifica três problemas recorrentes que, por conta de suas diferentes respostas possíveis, levam aos desentendimentos que assombram quem procura definir o que é direito. Segundo Hart (2009, p. 17), esses problemas são: “[1] em que o direito difere das ordens apoiadas por ameaças e como se relaciona com estas? [2] Em que a obrigação jurídica difere do dever moral e como se relaciona com este? [3] O que são as normas e até que ponto elas são os elementos essenciais do direito?”.

Hart (2009, p. 21) reconhece que tais questões não são persistentes à toa: as continuadas “tentativas de fornecer definições sucintas” não foram capazes de respondê-las de forma satisfatória. Mas ao mesmo tempo o autor acredita que “é possível isolar e caracterizar um conjunto central de elementos que formam uma parte comum da resposta às três questões”. Nas páginas que se seguem, Hart (2009, p. 22) procura então oferecer “uma análise aperfeiçoada da estrutura característica dos sistemas jurídicos internos e uma melhor compreensão das semelhanças e diferenças entre o direito, a coerção e a moral como tipos de

fenômenos sociais”. Sabidamente, essa tentativa de elucidação sobre o conceito de direito desemboca na ideia de que os sistemas jurídicos regularmente apresentam uma união entre “normas primárias” e “normas secundárias”²⁷ e estão baseados em uma “norma de reconhecimento”²⁸.

É interessante notar, no entanto, que Hart não defende essa ideia enquanto *definição* do direito, como se a cada vez que a palavra “direito” fosse usada estivessemos inevitavelmente na presença, por exemplo, de uma comunhão entre normas primárias e secundárias.²⁹ Sua empreitada teórica se trata de “uma elucidação do *conceito* de direito”, isto é, sobre como a palavra é empregada pela teoria do direito e todas as perplexidades que seu uso provoca em razão da dificuldade de se chegar a um entendimento acerca das três perguntas que mencionamos acima. Embora os usos possíveis da “palavra” direito certamente ultrapassem as delimitações de um “conceito” de direito, o diagnóstico de Hart deixa evidente que a principal tarefa de uma teoria do direito descritiva é captar o que o “conceito” busca dizer.³⁰ Em outras palavras, o autor não pretende que sua teoria seja aplicada toda vez que alguém mobiliza a palavra “direito”, mas ao mesmo tempo espera que ela seja “geral e descritiva”, como explica em uma anotação postumamente publicada como pós-escrito ao seu livro fundamental:

É *geral* no sentido de que não se vincula a nenhum sistema jurídico ou cultura jurídica específicos, mas busca fornecer uma descrição explicativa e elucidativa do direito como instituição social e política complexa, dotada de um aspecto regulatório (e, nesse sentido, “normativo”). Apesar das muitas variações em culturas diferentes e em tempos diversos, essa instituição assumiu sempre a mesma forma geral e teve a

²⁷ “[...] o direito pode ser caracterizado como uma combinação de normas primárias com normas secundárias. [...] todas as normas secundárias se situam num nível diferente daquele das normas primárias, pois versam todas *sobre* essas normas; isto é, enquanto as normas primárias dizem respeito a atos que os indivíduos devem ou não devem praticar, todas as normas secundárias se referem às próprias normas primárias. Especificam como as normas primárias podem ser determinadas, introduzidas, eliminadas e alteradas de forma conclusiva, e como estabelecer conclusivamente o fato de terem sido transgredidas.” (HART, 2009, p. 122).

²⁸ “Essa norma especifica as características que, se estiverem presentes numa determinada norma, serão consideradas como indicação conclusiva de que se trata de uma norma do grupo, a ser apoiada pela pressão social que ele exerce.” (HART, 2009, p. 122).

²⁹ “Não pretendemos realmente que essa combinação de normas primárias e secundárias seja encontrada onde quer que a palavra ‘direito’ seja usada ‘corretamente’, pois é evidente que a diversificada gama de casos nos quais o termo ‘direito’ é utilizado não está alinhavada por uma uniformidade simples desse tipo, mas por um conjunto de relações menos diretas – frequentemente de analogia, formal ou de conteúdo – com um caso central.” (HART, 2009, p. 106).

³⁰ “Embora a ideia da união das normas primárias e secundárias tenha essas virtudes, e embora seja conforme à realidade tratar a existência dessa união característica de normas como condição suficiente para a aplicação da expressão ‘sistema jurídico’, não afirmamos que a palavra ‘direito’ deva ser definida nesses termos. É por não defendermos a ideia de identificar ou regulamentar dessa forma o emprego de palavras como ‘direito’ ou ‘jurídico’ que este livro se apresenta como uma elucidação do *conceito* de direito, mais do que como uma definição do ‘direito’, da qual se esperaria naturalmente que oferecesse uma norma ou normas para o uso daquelas palavras.” (HART, 2009, p. 275-276).

mesma estrutura, embora muitos mal-entendidos e mitos obscurecedores, que exigem elucidação, tenham se aglomerado à sua volta. (HART, 2009, p. 309).

Mais adiante na passagem o autor explica por que sua teoria também é “descritiva”, mas não vamos nos ater aqui nesse aspecto porquanto ele se dirige mais ao embate com Dworkin e demais críticos que contestam a ideia de uma teoria jurídica moralmente neutra (em suma, ao debate positivismo x não positivismo).³¹ Nosso interesse nesse trecho reside na mirada universal que Hart (2009, p. 309) explicita ao tratar do direito: enquanto “instituição social e política complexa”, o autor afirma que o direito “assumiu sempre a mesma forma geral”. Mas como alguém que não pretende estabilizar uma definição do direito e nem identificar algo comum a todo discurso que utiliza a palavra “direito” pode, ao mesmo tempo, apontar uma forma comum a ele que poderia ser identificada a despeito das “muitas variações em culturas diferentes e em tempos diversos”?

A resposta nos parece clara: porque Hart toma o direito estatal como o caso central (ou exclusivo) para sua definição. Assim, se sua teoria indica adequadamente o que há de comum nesse caso central, conseqüentemente ela esclarece o conceito de direito. Ou seja, Hart relativizou o papel de eventuais manifestações não estatais de direito em sua descrição, considerando-as no máximo como “analogias” em relação a esse caso central. Quando fala em culturas e tempos diversos, ele se refere fundamentalmente a sistemas jurídicos estatais ou análogos – no caso dos pré-estatais, aqueles dotados de consolidada autoridade sobre seus territórios. A evidência desse raciocínio encontra-se logo na sequência do trecho anteriormente citado: “O ponto de partida para essa tarefa de esclarecimento é o conhecimento comum, amplamente difundido, sobre as características mais evidentes de um sistema jurídico moderno, conhecimento esse que atribuo, na página 3 deste livro, a qualquer indivíduo instruído.” (HART, 2009, p. 309).

Sequer precisamos especular sobre se esse conhecimento que as pessoas leigas detém e que serve de ponto de partida para Hart se baseia no direito estatal, pois o próprio autor especifica se tratar das “características mais evidentes de um sistema jurídico moderno”. E na verdade, se quisermos nos contrapor à visão de Hart, não é preciso contestar que esse “conhecimento comum” exista e que as pessoas em geral o associem às formas do direito estatal; comparadas às formas não estatais que discutimos nessa tese, seu impacto e sua recorrência no cotidiano dos cidadãos e cidadãs “comuns” em um país como o Brasil, por exemplo, são inegavelmente maiores. Até mesmo se tomarmos como base o que pensam

³¹ Para uma visão abrangente sobre esse debate, ver Shapiro (2018).

estudantes de direito, é pouco provável que ao solicitarmos exemplos de direito receberemos como resposta exemplos que não envolvam diretamente o Estado, mesmo quando forem mencionados institutos de direito privado. Não faria sentido negar ou então lamentar esse fato, como se o papel da teoria fosse redirecionar o que Hart chamou de “conhecimento comum” sobre o direito.

Contudo, especialmente hoje, soa extremamente problemática a atitude de estabelecer, a partir de um ponto de partida reconhecidamente paroquial, afirmações tão generalizantes como as que Hart faz. Não porque este ponto de partida se apoie em uma pressuposição equivocada sobre a realidade mas porque, como a discussão que fizemos sobre o direito global/transnacional já adiantou, ele é simplesmente incompleto. Eventualmente, uma pessoa que trabalha na ICANN ou na WIPO pode, quando perguntada sobre o que é direito, oferecer exemplos predominantemente ou exclusivamente extraídos de suas manifestações estatais. Mas muito provavelmente ela já lidou com algum tipo de questão que envolveu normas ou raciocínios que ela não negará que sejam de natureza “jurídica”, mas que transcendem as formas assumidas pelos exemplos de direito que inicialmente lhe vieram à cabeça. Empresas podem se ver o tempo todo às voltas com relações jurídicas direta ou indiretamente mediadas pelo Estado, sejam contratos empresariais ou questões tributárias. Mas elas também podem acessar modos de resolução de conflitos que não necessariamente passam pelo Estado, como tribunais arbitrais.³² E aqui estamos nos restringindo a exemplos oferecidos por visões mais contemporâneas sobre o direito, mais comumente observáveis anos após os escritos de Hart; a literatura pluralista é capaz de elencar inúmeros que vieram antes.³³

Casos que não se adequam ao modelo estatal eram evidentemente conhecidos por Hart³⁴, e isso talvez explique sua relutância em afirmar que seu modelo seja mobilizado toda vez que se possa falar em “direito”. Mas na medida em que ele enfatiza o conceito de direito conforme ele é empregado pela teoria jurídica, e cujas bases podem ser intuídas a partir do “conhecimento comum” das pessoas que vivem em “sistemas jurídicos modernos”, estes casos acabam ocupando uma posição secundária. O próprio direito internacional, embora não tenha sua natureza de “direito” posta em questão, é alvo de algumas ponderações por não apresentar determinados elementos que caracterizam os sistemas jurídicos estatais, isso

³² Claro que os tribunais arbitrais muitas vezes são obrigados a entrar em contato com as instituições estatais para fazer valer suas decisões (o conhecido problema do *enforcement*). Mas eles podem e pretendem funcionar de maneira relativamente autônoma e, mais importante, são eles que “criam” o direito a ser aplicado, mesmo que muito provavelmente também se apropriem de materiais jurídicos oriundos do Estado em suas decisões.

³³ Para uma dentre as muitas obras que reúnem tais exemplos, ver Tamanaha (2021).

³⁴ É suficiente sobre esse ponto mencionar sua citação de Malinowski ao dizer que este apresenta um estudo sobre uma sociedade que se aproxima de um estado de carência “tanto de órgãos legislativos como de sanções centralmente organizadas” (HART, 2009, p. 374).

acontece justamente porque o direito estatal é sempre o ponto de partida escolhido.³⁵ Ademais, os diferentes corpos jurídicos são integrados hierarquicamente ou então existem como sistemas em paralelo (o direito doméstico de cada país); ou seja, Hart tem a pouco dizer sobre as possíveis relações entre eles (KRISCH, 2022, p. 482).

A esta altura já deve estar evidente que a “elucidação” proposta por Hart não serve a nossos propósitos. Sua intenção não é despropositada, mas peca ao assumir uma base de investigação muito restrita, isto é, por ser exclusivamente focada no direito estatal. Naturalmente, sua obra não costuma ser bem recepcionada pela literatura sobre pluralismo e fenômenos jurídicos não estatais. Mas sua relutância em propor uma *definição* de direito e sua análise criteriosa dos quebra-cabeças que envolvem a teoria do direito sugerem, no mínimo, que sua tentativa de responder à questão “o que é direito?” não deveria ser inteiramente descartada.³⁶ Hart ao menos não cometeu certo equívoco que viria a ser sustentado por alguns dos continuadores de sua obra: o de que o direito possui uma “essência” ou uma “natureza” a ser desvelada. Essa visão, comum na teoria jurídica analítica, defende a existência de propriedades necessárias e, logo, de verdades universais sobre o direito.³⁷

Do ponto de vista assumidamente pluralista que caracteriza os estudos contemporâneos sobre fenômenos jurídicos transnacionais, essa atitude é dificilmente justificável. No mínimo, acredita-se que a ênfase no modelo estatal para identificar o direito precisa ser relativizada – e dessa relativização emergem tantos exemplos possíveis de direito que se torna quase impraticável a tarefa de se buscar elementos comuns entre eles. Essa relativização, na verdade, encontra correspondentes mais remotos nas vertentes do chamado pluralismo jurídico.³⁸ De modo geral, os trabalhos pluralistas cumpriram uma função central de confrontar a fé até então inabalável do monismo jurídico: variações sobre o uso da palavra “direito” em diferentes contextos não são uma questão assim tão secundária como Hart e

³⁵ Hart dedica todo o capítulo X ao direito internacional, não para contestar seu status como direito, mas basicamente para negar que ele precise de uma “norma fundamental” para que seja considerado vinculante.

³⁶ É o que propõe, por exemplo, Fabra-Zamora (2021).

³⁷ Entre seus proponentes encontram-se Joseph Raz, Jules Coleman, Julie Dickinson, Scott Shapiro e John Gardner. Para um apanhado geral sobre eles e uma crítica às noções essencialistas do direito, ver Tamanaha (2017, p. 57-60).

³⁸ Desde os primórdios de sua utilização, o termo “pluralismo jurídico” tem se referido a abordagens muito diferentes entre si para além do *insight* basilar, e talvez único denominador comum, de que preceitos de diferentes fontes jurídicas podem ocupar o mesmo espaço social. A forma como essa terminologia é utilizada por Wolkmer (2001), por exemplo, pouco tem em comum com a abordagem de um autor como Teubner (2016). Para um breve apanhado acerca de categorizações e distinções possíveis entre as teorias pluralistas, ver Albernaz e Wolkmer (2013, p. 195-197). Para nossos propósitos, mais importantes que as categorias de pluralismo jurídico são as formas pelas quais a questão sobre a definição do direito foi enfrentada, motivo pelo qual não nos deteremos com profundidade nelas.

outros pensaram, mas fornecem pistas sobre o que uma definição ou identificação de direito deve incluir.

Contudo, longe de facilitar o alcance de uma resposta, essa constatação aparentemente complexificou a problemática da definição do que é ou não direito. As abordagens teóricas clássicas, por mais que divergissem entre si quanto aos elementos do direito que deveriam ser considerados como fundamentais, possuíam uma certa vantagem: elas partiam do pressuposto de que se deveria buscar o direito em um mesmo e único lugar, isto é, no Estado. O problema de diferenciação entre normas jurídicas e normas sociais era mais facilmente solucionável: somente são jurídicas aquelas normas impostas pelo Estado. Quando se passa a reconhecer uma pluralidade de fontes de criação do direito para além do Estado, demarcar a linha que separa o direito de outras manifestações normativas ou identificar possíveis elementos comuns ao direito em todas as épocas e lugares tornam-se atividades mais complexas e elusivas.

Mas como o pluralismo pode se dizer efetivamente *jurídico* sem que seja capaz de articular uma definição minimamente precisa de direito? Por outro lado, como formular uma definição desse tipo se a literatura pluralista continuamente traz à tona novas manifestações potencialmente jurídicas? Em outras palavras, como não repetir os mesmos erros das teorias estatistas, mas sem abdicar de teorizar sobre o direito? Conscientes desses desafios e da necessidade de definir minimamente seu objeto de estudo, as teorias pluralistas empregaram diferentes estratégias.

Cumprе ressaltar de antemão que essas estratégias são, em sua maioria, perpassadas pelo fato de que o pluralismo jurídico não se articula preponderantemente como um ramo da teoria do direito, mas antes como lugar privilegiado de observação sobre a intersecção entre o direito e as ciências sociais. Não à toa, parte significativa do que se pode denominar como teoria pluralista foi desde o início composta não apenas por juristas, mas também (ou sobretudo) por pessoas ligadas à antropologia ou à sociologia – o que em certo sentido justifica as reiteradas reservas do núcleo duro da teoria do direito em relação às descobertas do pluralismo jurídico como uma possível defesa da “autonomia” de seu campo teórico. Como consequência disso, a orientação conceitual dos trabalhos pluralistas sempre esteve mais ligada aos métodos sociais científicos do que aos grandes marcos da teoria do direito, isto é, frequentemente não se tomou como ponto de partida para a definição do direito nem o modelo oferecido pelo positivismo jurídico e nem o jusnaturalista.

Organizando o debate, Tamanaha (1995) divide os conceitos de direito utilizados pelas ciências sociais em duas categorias fundamentais. Na primeira categoria, o direito é abstraído

de padrões de comportamento seguidos de forma reiterada por determinado grupo social. Essa visão é comum, segundo Tamanaha (1995, p. 504), aos trabalhos pluralistas precusores de Eugen Ehrlich (1986) e Bronislaw Malinowski (1989): “ambos acreditavam que as pessoas seguiam o direito (para além do simples hábito) largamente em função de estímulos positivos – era do interesse delas fazer isso – e não pelo medo de sanções.”

Essa é uma posição bastante vantajosa para quem busca defender uma concepção de direito alargada, para além dos limites da burocracia estatal: o que ambos estão dizendo é que não é preciso haver coerção e muito menos um aparato devidamente institucionalizado para este fim para que se possa falar em direito. Por outro lado, essa visão carrega consigo um problema latente que Ehrlich e Malinowski reconheceram, mas para o qual não foram capazes de oferecer uma resposta satisfatória: como distinguir entre o direito e outros tipos de normas (religiosas, morais, costumeiras, de etiquetas) que também orientam comportamentos do grupo? Enquanto Malinowski não ofereceu nenhum tipo de critério, aparentemente abandonando a questão, Ehrlich sugeriu que a distinção da norma jurídica se daria pelo fato desta constituir se em um verdadeiro fundamento para a vida social do grupo, ou seja, de possuir “grande importância” para ele (TAMANAHA, 1995, p. 505).

Uma resposta mais precisa e efetiva a essa questão é encontrada somente em uma segunda categoria, que entende o direito como aplicação institucionalizada de normas, posição representada especialmente por Max Weber e Adamson Hoebel. Segundo essa posição, “normas jurídicas são apenas aquelas normas que, quando violadas, são aplicadas por sanções publicamente administradas. Todas as outras normas são morais ou políticas ou costume ou maneiras ou o quer que seja, mas não direito” (TAMANAHA, 1995, p. 507). Ainda que não se fale explicitamente em Estado, o modelo que serve de inspiração aqui é evidentemente o do direito estatal, aquele que oferece – ou se supõe oferecer – a força e a organização necessárias para satisfazer a definição.³⁹

Apesar de superar eventuais fraquezas da primeira, a segunda categoria representa uma posição inaceitável para a teoria pluralista e sua “crença de que o direito é um processo social fundamental que existe em todas as sociedades”, uma vez que “sociedades pré-estatais marcadas pela ausência de uma organização política superior frequentemente não usavam

³⁹ “O elemento que consiste em um pessoal oficial ou um aparato coercitivo socialmente privilegiados é uma referência às instituições jurídicas burocráticas estatais, separadas de sua conexão com o Estado. A aplicação de normas é a função presumida das instituições jurídicas estatais: o que tribunais e a polícia fazem é considerar uma sanção, em nome do público, sobre uma violação de normas. Essa ligação direta implícita com o modelo do direito estatal não deveria surpreender. Weber teve formação como advogado, e Hoebel creditou seu conceito de direito à ‘teoria geral do direito contemporânea’, citando Hohfeld, Llewellyn, Cardozo e Holmes.” (TAMANAHA, 1995, p. 507).

instituições para aplicar normas” e, de acordo com o referido critério, “essas sociedades não teriam direito” (TAMANAHA, 1995, p. 508). Logo, as correntes pluralistas dos anos setenta e oitenta preferiram trabalhar em cima de possíveis aperfeiçoamentos em relação a como Ehrlich, Malinowski e outros definiram a primeira categoria.

Nesse sentido, um conceito bastante influente foi o de “campos sociais semiautônomos” (*semi-autonomous social fields*) proposto por Sally Falk Moore (1973) e especialmente sustentado por John Griffiths (1986) como ferramenta adequada para embasar o pluralismo jurídico.⁴⁰ Em um trabalho baseado em duas investigações – uma sobre a indústria de vestuário em Nova York, outra sobre a tribo Chagga, da Tanzânia – Moore (1973) propôs este termo enquanto metodologia para identificar as condições de cumprimento de regras e estabilização de expectativas em sociedades complexas. Tais condições, segundo Moore (1973), não podem ser explicadas apenas nos termos da legislação estatal ou do “direito oficial”, mas muitas vezes dependem de relações entre normas “legais”, “ilegais” e “não legais” que orientam o comportamento de indivíduos situados em determinados grupos – normas essas que podem derivar de práticas econômicas, como no caso estadunidense, ou de antigos costumes, como no caso tanzaniano. Assim, campos sociais que contém uma normatividade própria são capazes de interagir de diferentes formas com a juridicidade estatal, sem negá-la completamente, mas gerindo certos espaços de autonomia nos termos de seu cumprimento e exigibilidade.⁴¹

Em sua busca por uma ferramenta teórica apta a fundamentar uma teoria descritiva do pluralismo jurídico, Griffiths (1986) identifica no conceito de Moore um avanço⁴² em relação às teorias de “níveis jurídicos” de Leopold Pospisil (1971), de “corporações” de Michael Garfield Smith (1974) e ao conceito de “direito vivo” de Eugen Ehrlich (1986), e parte dele em direção a uma resposta para a definição do que haveria de “jurídico” no pluralismo:

Moore define um “campo social semiautônomo” como um grupo social identificável que se engaja em atividades regulatórias. Isso também fornece a ela um critério para o “jurídico” (que, conforme vimos, falta no diagnóstico de Ehrlich): *toda* regulamentação de um “campo social semiautônomo” é, para os propósitos de uma teoria do pluralismo jurídico, “direito”. (GRIFFITHS, 1986, p. 36).

⁴⁰ Outro conceito, embora um pouco mais esquecido com o passar dos anos, é o de “direito indígena” proposto por Marc Galanter (1981).

⁴¹ Mais detalhadamente, segundo Moore (1973, p. 722): “O campo social semiautônomo é definido e suas fronteiras são identificadas não por sua organização (pode ser um grupo corporativo ou não), mas por uma característica processual, isto é, o fato de que pode gerar regras e coerção ou indução ao cumprimento delas.”

⁴² Segundo Griffiths (1986, p. 36): “A força da abordagem de Moore, comparada aos outros, reside em sua apreciação da complexidade da situação social onde o direito trabalha, na liberdade da sua abordagem em relação a preconceções hierárquicas, centralistas e abrangentes a toda sociedade, e em sua ênfase na autonomia continuamente variável dos ‘campos sociais’.”

Ou seja, para identificar o lócus do direito devemos identificar a presença de um campo social semiautônomo. Mas esta localização, segundo Griffiths (1986, p. 37), não é por si só suficiente para fornecer a base de uma teoria descritiva do pluralismo jurídico: ela precisa ser “complementada com uma concepção do ‘jurídico’”. Em outras palavras, Griffiths (1986, p. 38) sugere que Moore identificou acertadamente os lugares onde o direito se manifesta, mas recuou no momento de proceder a uma conceitualização do direito a partir disso, o que ele enxerga como um “lapso tardio em direção ao centralismo jurídico” por parte dela. Como forma de aperfeiçoar seu diagnóstico, o autor procede então a um ligeiro acréscimo na concepção de Moore: “direito é a autoregulação de um ‘campo social semiautônomo’”.

Mas como a própria criadora do conceito alertou (MOORE, 2001) e Griffiths (2006) acabou por reconhecer, o conceito não se prestava de forma plenamente satisfatória ao objetivo proposto, pois um termo como “autoregulação” não é capaz de identificar a proveniência das normas e dos controles exercidos por elas – se convenionados como jurídicos ou entendidos como religiosos, morais, costumeiros etc.⁴³ Olhando retrospectivamente, a hesitação de Moore em oferecer um conceito de direito a partir de seu diagnóstico parecia ter mais a ver com a cautela de uma antropóloga em não ditar categorias sobre as quais a teoria do direito deveria se basear do que com uma eventual rendição ao “centralismo jurídico”.

Na verdade, Tamanaha (1995; 2008; 2017) mostrou que o problema comum que afeta a maioria das categorias sociais científicas propostas para o direito⁴⁴, bem como seus desdobramentos, reside na aplicação de uma análise funcionalista. Como forma de definir o que é direito, assume-se *a priori* que a função do direito é, por exemplo, a manutenção da ordem na sociedade (o frequentemente mencionado controle social). Toda norma ou instituição estatal ou não estatal que cumpre essa função em determinada sociedade então é prontamente identificada como “direito”. Esse raciocínio apresenta duas falhas fundamentais:

⁴³ Para uma visão geral sobre esse debate, ver Tamanaha (2008, p. 394-395).

⁴⁴ Fazendo um balanço das duas categorias, Tamanaha (1995, p. 515) afirma: “Na verdade, cada categoria representa uma posição diretamente crítica da outra: a primeira categoria disse à segunda, ‘você está errada se você acredita que a fonte da ordenação normativa na sociedade deve ser buscada nas atividades das instituições coercitivas’; no que a segunda replicou ‘as coisas que você diz não são o que entendemos por direito porque elas comportam toda a vida social, não se compatibilizando com nossas intuições sobre o que o direito é e tornando impossível identificar o que é distintamente jurídico’. Cada lado estava essencialmente correto em sua crítica do outro. O problema não estava no que elas diziam, mas na crença que elas compartilhavam. Elas só podem ser reconciliadas ao abrirem mão dessa crença. Se ‘direito’ significa a aplicação publicamente aprovada e institucional de normas (que é a abstração científica do significado comum de direito hoje), então ‘direito’ (assim entendido) não é o único e nem mesmo o primeiro mecanismo gerador de ordenação normativa na sociedade.”

primeiro, parte de uma definição implícita de direito, de modo que o processo de definição se torna circular; segundo, é fatalmente confrontado pelo fato de que regularmente existem outras formas de ordenação não jurídicas (morais, religiosas, costumeiras etc.) que executam a mesma função, vendo-se assim incapaz de distingui-las, somente com base no critério funcionalista, daquelas que seriam propriamente jurídicas. Além disso, permanece uma certa tendência em se identificar o direito a partir de sua manifestação estatal, na medida em que este é o paradigma dominante.⁴⁵

Consciente da dificuldade de resolver os problemas de definição do direito a partir dos métodos das ciências sociais, Griffiths (2006, p. 63-64) revisou fortemente sua posição duas décadas depois da publicação de seu clássico artigo *What is legal pluralism?*, passando a contestar a própria utilização do termo que ajudou a difundir nos anos oitenta:

O antigo problema de encontrar um conceito de direito adequado para propósitos empíricos pode ser resolvido ao não se considerar mais “direito” como o objeto teórico da sociologia do direito. O objeto teórico da sociologia do direito é o controle social. Também segue das considerações feitas acima que a expressão “pluralismo jurídico” pode e deveria ser reconceitualizada como “pluralismo normativo” ou “pluralismo no controle social”.

À primeira vista, essa passagem pode dar a impressão de que Griffiths tenha reafirmado uma versão funcionalista segundo a qual o direito deve ser entendido fundamentalmente enquanto controle social. Mas em vez disso, ela indica uma completa desistência da tarefa de encontrar qualquer definição oportuna para o direito e, conseqüentemente, uma opção deliberada por afastar a palavra “jurídico” do vocabulário, ao menos quando não for estritamente necessário. Curiosamente, essa atitude de “abandono” do direito em razão da dificuldade de se defini-lo de uma forma coerente e precisa já havia sido apontada como uma tendência entre cientistas sociais por Tamanaha (1995, p. 509) uma década antes:

O direito estatal é o paradigma atualmente dominante no direito. Esse paradigma cultural compartilhado embasa as instituições dos cientistas sociais sobre a natureza do direito, e é fonte subjacente às abstrações desses cientistas na busca por produzir um conceito científico do direito, mesmo quando eles explicitamente se propõem a escapar do modelo estatal de direito. Não há saída para esse imbróglie conceitual senão parar de falar sobre direito – e é exatamente isso que muitos estudiosos sociojurídicos, especialmente na antropologia jurídica, fizeram. Vários aspectos da

⁴⁵ “Qualquer tentativa de localizar um critério para o direito – para o que é distintamente ‘jurídico’ – necessariamente pressupõe o que o direito é, na medida em que somente já sabendo o que o direito é podemos identificar suas características distintivas. Daí o recurso inevitável ao modelo estatal de direito, que oferece nosso atual paradigma sobre ‘direito’.” (Tamanaha, 1995, p. 516).

“ordem” e da “disputa” se tornaram objetos de estudo, e a palavra “direito” é raramente utilizada em muitos desses trabalhos.

Essa atitude pode ser vista como controversa, mas é de certa forma compreensível em áreas como a antropologia jurídica, onde uma distinção prévia e robusta entre direito e não direito é relativamente desnecessária para que investigações empíricas prosperem.⁴⁶ Em outros campos, no entanto, abandonar o termo “direito” se mostra como algo muito mais custoso, se é que não torna o trabalho impraticável – é o caso especialmente da teoria do direito, mas também o é para algumas perspectivas da sociologia do direito. Uma dessas perspectivas que reluta em desistir de falar em direito é a teoria dos sistemas autopoieticos sustentada por Niklas Luhmann. Uma apreciação mais detalhada dessa teoria naturalmente ultrapassa o escopo dessa tese, mas algumas observações sobre ela são úteis para nossos propósitos.

Em linhas gerais, a teoria luhmaniana se insere em um tipo de abordagem social científica mais contemporânea que deixa de lado o enfoque no comportamento dos agentes (típico da primeira categoria mencionada por Tamanaha) em prol de uma ênfase acentuada no direito enquanto sentido ou recurso simbólico.⁴⁷ Mas ao mesmo tempo em que se afasta, sua concepção se aproxima da primeira categoria ao pensar o direito nos termos de uma estabilização normativa de expectativas, e não como coerção institucionalizada. Uma vez que a necessidade de estabilização aparece em todas as sociedades, Luhmann a princípio defende a existência de direito mesmo em sociedades que não apresentam aqueles elementos que a segunda categoria considera necessários para identificar o “jurídico”, isto é, a presença da institucionalização para a aplicação de normas.

Assim posta, essa perspectiva levaria Luhmann naturalmente em uma direção a um aperfeiçoamento da primeira categoria, algo semelhante ao que Griffiths buscou com o conceito de “campos sociais semiautônomos”. No entanto, graças ao postulado da diferenciação funcional, que identifica a existência de sistemas parciais autônomos que se orientam por suas próprias lógicas, Luhmann acaba por reputar a institucionalização do direito como um fenômeno próprio em relação a manifestações normativas mais antigas que se assemelhavam a formas jurídicas, mas que não se autorreferenciavam devidamente enquanto

⁴⁶ Nesse sentido, Melissaris e Croce (2016, p. 4): “A subdisciplina da antropologia jurídica focou desde o início em descobrir sistemas – sem escrúpulos para considerá-los como propriamente jurídicos – que eram independentes do direito do Estado. Boa parte desta literatura era largamente etnográfica e mais interessada em documentar práticas jurídicas do que em se questionar o que tornaria tais práticas jurídicas ou como elas poderia se conectar conceitualmente umas com as outras”.

⁴⁷ Vesting (2015, p. 201) explica que Luhmann concebe a validade do direito como “símbolo circulante” (utilizando terminologia de Parsons), isto é, “um símbolo que, na variedade de suas operações, mantém e reproduz a unidade do sistema jurídico.”

“direito”. Nesse movimento, Luhmann escorrega em direção à segunda categoria na medida em que vislumbra a institucionalização do direito como um novo estágio de desenvolvimento em relação a contextos pré-institucionais. Mas como sustentar isso e ao mesmo tempo afirmar que em tais contextos existia, sim, direito? Tamanaha (1995, p. 522) resume da seguinte forma a saída aparentemente encontrada por Luhmann para este dilema:

De acordo com a descrição de Luhmann, antes da diferenciação da sociedade e da emergência de um direito diferenciado, havia uma espécie de sopa primordial em que direito, costume e linguagem (entre outros) serviam todos à função de estabilizar expectativas comportamentais, não podendo ser nitidamente distinguidos uns dos outros [...] se todos eles serviam à mesma função, e se não havia um critério claramente identificável para distingui-los, então não havia distinção a ser feita nesse período primordial. Não havia o “direito” que passou por um desenvolvimento evolutivo contínuo desde os primórdios da existência de grupos sociais. Havia a sopa primordial antes da diferenciação, e algo diferente depois dela. Com a diferenciação da sociedade, a emergência das instituições e a separação entre os domínios público e privado, fenômenos sociais inteiramente novos emergiram.

Em suma, trata-se de uma tentativa de contornar a divisão entre as duas categorias e as fragilidades que as acometem: aplica-se a primeira (direito a partir de padrões de comportamento) às sociedades sem diferenciação funcional e a segunda (institucionalização da aplicação de normas) às sociedades com diferenciação. No entanto, a solução encontrada é vulnerável ao mesmo problema que impossibilitou a distinção entre direito e outros tipos de normas de comportamento via primeira categoria: mesmo após a emergência da institucionalização ou diferenciação do direito, “a linguagem e os costumes (assim como outros fatores) continuaram contribuindo substancialmente para manter a ‘generalização congruente de expectativas normativas de comportamento’, e portanto ainda devem ser consideradas ‘direito’” (TAMANAHA, 1995, p. 522). Assim, é como se dois fenômenos distintos a serem chamados de “direito” se manifestassem nas sociedades com diferenciação: um fruto da institucionalização coercitiva, outro não. Luhmann confessadamente não vislumbrou um critério possível para manter a distinção entre direito e outras normas sociais. A passagem a seguir, no entanto, é reveladora sobre a maior relevância que ele concedeu ao direito que passou por processos de institucionalização:

Poder-se-ia pesquisar o direito da Siemens, da ordem dos Dominicanos, da família Kennedy etc., como a totalidade das expectativas comportamentais congruentemente generalizadas em cada um desses sistemas. O que interessa em termos centrais, porém, é o direito no plano da totalidade social, ou seja da sociedade institucionalizada enquanto sistema social. Somente na própria sociedade é que a diferenciação do direito como uma estrutura específica de expectativas ocorre com uma envergadura significativa. [...] A sociologia do direito não perde muito se concentrar-se no direito da sociedade, deixando a pesquisa de outras formações

jurídicas em sistemas parciais da sociedade para outras sociologias especiais, como a sociologia da família e a sociologia da organização. (LUHMANN, 1983, p. 147).

Há pelo menos duas conclusões importantes a serem extraídas desse trecho. Primeiro, ao mencionar o “direito da Siemens” ou “da ordem dos Dominicanos”, Luhmann não pode ser acusado de ignorar manifestações de direito não estatais – ele é, por assim dizer, um “pluralista”. Por outro lado, sua consideração de que o que realmente importa para a sociologia do direito é o direito “no plano da totalidade social”, isto é, o direito institucionalizado (fundamentalmente, pelo Estado), leva a crer que ele sustenta uma primazia – ao menos nos termos do que interessa para a teoria – do modelo estatal em relação a outras “formações jurídicas em sistemas parciais”. Esse é um ponto que um dos principais continuadores de sua obra, Gunther Teubner (2003), irá revisar e atualizar em vista da emergência do que chamou de “Bukowina global”. Para Teubner (2016), a totalidade social, ao menos no plano transnacional, compreende diversos fragmentos regulatórios (constitucionais, ele dirá) de sistemas parciais que merecem não apenas serem reconhecidos como capazes de produzir direito, mas que devem receber a devida atenção por parte da teoria.

Em outras palavras, Teubner radicaliza a visão pluralista sobre o direito que Luhmann já manifestava à luz dos fenômenos jurídicos emergentes que compõem o chamado “direito global” de que tratamos anteriormente. Ao procurar descrever os padrões de funcionamento do direito global, Teubner (2003, p. 18) sugere que os novos ordenamentos jurídicos transnacionais são processos que organizam a si próprios, contratos que se autovalidam sem necessariamente estarem vinculados ao direito estatal. Sem precisar de nenhum tipo de *pedigree* para que as normas produzidas sejam consideradas válidas, essas ordens empregam um código binário (direito/não direito) que “distingue o direito *global* de processos econômicos e outros processos sociais”, associado a uma vigência global que “delimita o direito *global* de fenômenos jurídicos nacionais e internacionais.” Através do que chamou de *closed circuit arbitration*⁴⁸, Teubner (2003) entrevê uma ferramenta pela qual os sistemas sociais parciais conseguem dissolver os paradoxos contidos na ideia da autovalidação dos contratos, tornando possível o estabelecimento de vínculos entre os atores envolvidos em cada subsistema. Em suma, na visão jurídica teubneriana “se supõe que os atores tratem algo como

⁴⁸ "Trata-se de um contrato autorregulador que transcende a simples relação de intercâmbio econômico, na medida em que cria um ordenamento jurídico privado autônomo com pretensão de validade universal. Ao lado de regras substantivas, tais contratos contêm também prescrições que remetem a solução de conflitos a uma corte arbitral, simultaneamente idêntica ao grêmio que originariamente criou o contrato modelo. Nisso consiste o *closed circuit*." (TEUBNER, 2003, p. 22).

direito na medida em que os próprios regimes o tratam dessa forma”, o que quer dizer que “os próprios sistemas funcionais devem decidir o que conta como direito” (ROTH-ISIGKEIT, 2018, p. 134-135).

Com isso, Teubner se coloca ao lado das correntes pluralistas que sempre postularam que manifestações jurídicas não estatais não devem ser tratadas como casos meramente secundários, isto é, como casos que não deveriam impactar na definição do que é direito. Também parece escapar da adoção de um critério funcionalista quando afirma que são os próprios atores envolvidos que definem aquilo é direito. Contudo, problemas muito semelhantes aos das abordagens funcionalistas permanecem em seu diagnóstico, como sugere Tamanaha (2021, p. 162):

Deixando de lado questões sobre seu valor sociológico, para os propósitos do pluralismo jurídico a autopoiese de Teubner apresenta duas falhas principais: é extremamente estreita em um sentido e extremamente ampla em outro. É extremamente estreita na medida em que vê o direito inteiramente como um processo comunicativo: o direito é um sistema de discurso. Isso isola apenas um aspecto do direito, deixando de lado a força coercitiva, elementos materiais e institucionais, relações de poder e tudo mais que transcende o reino da comunicação. Ao mesmo tempo, é extremamente ampla porque coloca para dentro do direito todo discurso que invoca um código binário legal/ilegal, o que inclui conversações entre partes privadas.

Isso não quer dizer que Teubner esteja equivocado ao afirmar que existe uma tendência contemporânea que consiste em tratar o direito fortemente como um recurso simbólico, e que ele de fato deva ser estudado sob essa perspectiva. Contudo, o problema de reduzir o direito a essa dimensão é o mesmo que se apresenta quando se mobilizam conceitos como “direito vivo” ou “aplicação institucionalizada de normas” – são ferramentas teóricas interessantes que, de acordo com Tamanaha (1995, p. 534), erram “ao tomar o passo adicional e afirmar que um determinado conceito é o direito”. Se por um lado se supera a ideia de que o direito possua uma “natureza” ou “essência” a ser desvelada, por outro lado permanece nesses conceitos a busca por se traduzir a “realidade” do direito por meio de uma de suas circunstâncias sociais formadoras – da concordância geral com relação a um grupo de normas à invocação de um “código”. No fim das contas, aparece uma tentativa até certo ponto louvável de reduzir a enorme profusão de sentidos que o emprego da palavra “direito” desperta em diferentes contextos. Tarefa muito semelhante à de esforços analíticos como o de Hart, mas tomada a partir de uma perspectiva quase oposta:

O contraste entre o ponto de vista positivista jurídico e o social científico é bastante importante. Eles operam em diferentes níveis de atividade – prática jurídica contra

prática social científica. Ambas as visões são inteiramente legítimas quando mantidas dentro do território de suas respectivas práticas, e nenhuma visão possui autoridade sobre a outra. Incontáveis confusões nos estudos sociojurídicos resultaram da dificuldade em se reconhecer a validade assentada na prática de ambas as visões. A manifestação mais recente disso são as afirmações, por parte de pluralistas jurídicos, de que a visão da prática jurídica é o produto de uma ilusão ideológica, inferior à visão científica do direito. (TAMANAHA, 1995, p. 524-525).

O final da passagem acima parece se dirigir às denúncias do “centralismo jurídico” enquanto mito fundacional da racionalidade jurídica moderna ocidental que aparentemente desconsideraram o ponto de vista da prática jurídica como relevante, em razão do pressuposto estatista que ela costuma carregar. Em outras palavras, uma visão que transforma a crítica do direito moderno em uma estigmatização das dinâmicas que operam em seu nome como “ilusórias”; como se elas operassem o direito sem saber o que ele realmente é. Contrária a esse raciocínio, a visão de Tamanaha (1995) identifica a importância de estudar o direito tanto sob a perspectiva social científica – capaz de alargar a base de referências do pensamento jurídico de um modo sem precedentes – como sob a perspectiva da prática – muito do que os agentes fazem com o direito se torna uma parte importante daquilo que o direito significa para a comunidade que os cerca. Assim como a perspectiva social científica não consegue chegar a um conceito preciso porque é constantemente confrontada com a multiplicidade de sentidos que o fenômeno jurídico assume na prática, a perspectiva prática se mostra limitada e paroquial demais para fornecer um conceito geral sobre o direito.

Mas como teorizar sobre direito de forma consistente considerando ambas as perspectivas, em especial no caso dos fenômenos jurídicos transnacionais? Conforme veremos a seguir, os discursos teóricos que se utilizam da expressão “pluralismo jurídico” permanecem em voga na tentativa de responder essa questão. Novas tentativas de unir a teoria do direito a outras disciplinas das ciências sociais revigoraram seu legado, mas cumpre analisarmos até que ponto elas constituem uma resposta efetiva aos antigos problemas de definição que atormentam a teoria pluralista.

2.3 A resiliência do pluralismo jurídico

Já mencionamos anteriormente que pluralismo jurídico foi um termo que prenunciou uma transição na teoria do direito (apesar da onipresença de resistências quando se fala em uma mudança de paradigma deste teor) em direção a uma maior ênfase em manifestações jurídicas não diretamente ligadas ao Estado. Mas “pluralismo jurídico” ainda é um termo útil para (1) diagnosticar os fenômenos jurídicos transnacionais contemporâneos e (2) postular

uma visão crítica do direito como a que estamos propondo nesta tese? Essa dúvida é motivada por ao menos duas circunstâncias, que correspondem a cada uma de suas partes.

Descritivamente falando, a expressão pluralismo jurídico designa hoje concepções tão variadas que é difícil compreender o que está em jogo quando se mobiliza o termo pura e simplesmente – logo, a atenção normalmente recai sobre a presença de alguma qualificação (“emancipatório”, “comunitário”, “descritivo”, “normativo”, “crítico”) ou sobre o contexto espacial ou temporal evocado (“global”, “transnacional”, “latino-americano”, “clássico”, “pós-moderno”). Nesse sentido, percebe-se a existência de um “pluralismo de pluralismos jurídicos” (MELISSARIS; CROCE, 2017) em um discurso teórico caracterizado por uma “bagunça conceitual” (TAMANAHA, 2021, p. 3) que potencialmente desencoraja a utilização do termo para se descrever a realidade jurídica de modo acurado.

Em segundo lugar, no que diz respeito à utilização do pluralismo jurídico enquanto ferramenta teórica capaz de sustentar uma posição crítica, é preciso lembrar que, conforme vimos anteriormente, o problema da distinção entre o direito e outros tipos de normatividade não foi enfrentado de forma satisfatória pelos conceitos comumente evocados pela teoria pluralista. O imbróglcio que Sally Engle Merry identificou há mais de trinta anos – e que Twining chamou (2010, p. 505) de *definitional stop* – permanece assombrando diferentes gerações do pensamento pluralista:

Por que é então difícil encontrar uma expressão para o direito não estatal? É claramente complicado definir e circunscrever essas formas de ordenação. Onde paramos de falar em direito e nos pegamos simplesmente descrevendo a vida social? É útil chamar todas estas formas de ordenação de direito? Escrevendo sobre pluralismo jurídico, descobri que uma vez que o centralismo jurídico foi derrotado, chamar de direito todas as formas de ordenação que não são o direito estatal confunde a análise. (MERRY, 1988, p. 878).

De certa forma, a própria passagem de Merry evoca um mérito inegável do pluralismo jurídico, e um possível motivo para que continuemos insistindo nele: se o “centralismo jurídico” definido por Griffiths (1986) era seu principal alvo, o pluralismo jurídico pode se considerar, descritivamente falando, como vitorioso. Mas essa vitória, amplamente reconhecida, na verdade só fez aumentar a necessidade de um aprofundamento ou de uma redefinição em relação ao conceito inicial. Griffiths (1986, p. 4) se provou correto ao afirmar que o pluralismo jurídico é um fato – hoje ele é largamente reconhecido como tal.⁴⁹ Mas sua dificuldade de ir além dessa afirmação foi escancarada por sua incapacidade de encontrar uma

⁴⁹ Para um diagnóstico sobre o sucesso do pluralismo jurídico descritivo, ver Tamanaha (2021) ou Berman (2018), por exemplo.

forma de delimitar o “jurídico” e seu conseqüente abandono, como vimos, da expressão que ajudou a consagrar.

Em suma, o pluralismo jurídico enquanto fato foi consolidado, mas enquanto teoria parece ter se dissolvido em uma expressão pouco significativa.

Curiosamente, seu uso no entanto não diminuiu desde o *mea culpa* de Griffiths (2006). Pelo contrário, a expressão se tornou mais popular do que nunca nos últimos anos. Multiplicaram-se teorias que a adotam no título – comumente associadas a novos rótulos influenciados pela emergência de fenômenos transnacionais – bem como a literatura secundária que congrega tais visões. Segundo Ralf Michaels (2009, p. 244), isso deve ao fato de que

Muitos dos desafios postos pela globalização ao pensamento jurídico tradicional se assemelham bastante aos formulados anteriormente pelos pluralistas jurídicos. A pluralidade irreduzível de ordens jurídicas no mundo, a coexistência do direito doméstico com outras ordens jurídicas, a ausência de uma posição hierarquicamente superior que transcenda as diferenças – todos estes tópicos do pluralismo jurídico reaparecem na esfera global. Conseqüentemente, estudiosos da globalização passaram a se interessar pelo pluralismo jurídico e os pluralistas jurídicos endossaram a globalização como um novo campo sobre o qual podem aplicar seu conhecimento.

Embora estes novos trabalhos reconheçam um débito em relação às iniciativas precursoras de autores como Ehrlich e Malinowski e aos estudos pluralistas setentistas e oitentistas, os enfoques adotados são outros. O pluralismo jurídico “global” ou “transnacional” está menos preocupado com o reconhecimento de formas não estatais de direito – algo em boa medida já alcançado pelos esforços de seus antecessores – do que com as condições de “navegabilidade” em um mar revolto por normatividades plurais, do nível local ao global. A crítica às pretensões totalizantes do direito estatal, marca dos trabalhos pluralistas clássicos, frequentemente dá lugar à busca por arranjos institucionais e procedimentos que auxiliem agentes dotados de algum tipo de autoridade a lidarem com a pluralidade existente de normas, culturas e crenças.

Um dos principais expoentes desses novos pluralismos, Paul Schiff Berman (2017, p. 186-187), defende que a natureza supostamente menos radical destes em relação ao pluralismo clássico não se deve a uma adoção inconsciente de estruturas hegemônicas, mas a um interesse consciente em participar de diálogos cada vez mais importantes sobre desenho institucional. Considerando que esse novo pluralismo jurídico se coloca em parte como herdeiro dos estudos mais clássicos, mas de outra parte propõe um tipo de enfoque diferente

em relação a estes, seria ele capaz de evitar os problemas que levaram Griffiths (2006) a abandonar o termo?

Tomemos a versão “global” do pluralismo jurídico proposta por Berman (2012; 2017; 2019) como base para avaliar essa questão. Muito embora sua teoria certamente não represente com fidelidade toda a pluralidade existente no campo, ao mesmo tempo ela é uma das mais consolidadas e citadas. Em seu trabalho mais extenso sobre o assunto, Berman (2012) afirma que vivemos em uma condição em que certo grau de “hibridismo jurídico” é inevitável. Ou seja, em muitos casos indivíduos ou tomadores de decisão se veem confrontados por preceitos oriundos de ordens jurídicas distintas, que se sobrepõem em relação ao mesmo problema ou espaço social. Como esse cenário conduz a incertezas sobre qual direito deve ser seguido ou aplicado, alguns agentes procuram afastar ou negar esse hibridismo recorrendo a soluções agrupáveis em dois tipos.

A primeira atitude, que Berman (2012, p. 61) chama de “territorialismo soberano”, “busca traçar distinções claras entre aquelas normas ouvidas por um tomador de decisão e aquelas normas tratadas como ‘de fora’, que são ignoradas”. Tal demarcação frequentemente é feita a partir da localização territorial da questão, tomando o Estado-nação que a engloba como a única normatividade relevante. Em outras palavras, trata-se de um movimento de afirmação de uma única jurisdição competente para resolver o problema, ignorando influências estrangeiras, internacionais ou não estatais. Segundo Berman (2012, p. 63), essa posição no entanto se mostra incapaz de interpretar adequadamente o panorama jurídico contemporâneo, pois frequentemente emprega “uma visão indevidamente restrita sobre como as normas jurídicas operam, assumindo que os Estados-nação, perseguindo seu interesses unitários, são os únicos atores relevantes na equação.”

No outro polo aparece a perspectiva que Berman (2012, p. 128) chama de “universalismo”, que considera que “as pessoas são fundamentalmente iguais a despeito de diferenças culturais e circunstanciais”. Partindo dessa ideia, o universalismo busca dissolver as diferentes normatividades em prol de normas que encampem valores supostamente universais. São as tentativas de constituir um “direito mundial” ou um “Estado global” que, como Berman (2012, p. 129) reconhece, tem menos adeptos do que as soluções baseadas no territorialismo soberano. Seus perigos são evidentes: desconsideram importantes laços culturais que indivíduos mantem com comunidades normativas específicas, cujos valores e tradições muitas vezes não podem ser traduzidos e muito menos resumidos por uma linguagem comum.

Contrariando esse dualismo, Berman (2012, p. 141) apresenta como alternativa viável o que chama de “pluralismo cosmopolita” (ainda que esse termo tenha mais tarde desaparecido de seu vocabulário). Em vez de negar a condição existente de hibridismo jurídico⁵⁰, o pluralismo cosmopolita a abraça – com todas as dificuldades que ela acarreta à busca por soluções comuns e únicas. Mais do que afirmar que essa condição é inevitável, Berman (2012, p. 16) chega a sugerir que ela é mesmo desejável. Logo, a questão central para a teoria passa a ser a do estabelecimento de uma comunicação entre diferentes normatividades, instâncias judiciais, crenças, culturas, acordos informais etc. Tomando para si esta tarefa, em uma das passagens em que resume sua posição Berman (2017, p. 154) afirma que o pluralismo jurídico global:

[...] aplica os insights da sociologia jurídica e se afasta de questões abstratas sobre legitimidade, voltando-se para questões empíricas sobre eficácia. Assim, os pluralistas diminuem as supostas distinções entre uma norma, um costume, uma lei, um comando moral, um consenso sociológico, um imperativo psicológico etc. Em vez disso, uma abordagem pluralista questiona se as pessoas percebem comandos jurídicos ou quase-jurídicos como vinculantes na prática, como esses comandos se infiltram na consciência ao longo do tempo e se a mera existência desses comandos altera as dinâmicas de poder ou as opções disponíveis em discussões políticas.

A posição de Berman sobre as “supostas distinções” entre direito e não direito é inequívoca: elas não importam ou importam muito menos do que o efeito prático dos “comandos jurídicos ou quase-jurídicos”. Como tal, ela se insere em um contexto mais amplo de relativização da questão “o que é direito?” presente na literatura contemporânea sobre direito não estatal (FABRA-ZAMORA, 2021, p. 124). Contudo, ao menos no caso de Berman, essa atitude é parcialmente justificada em razão do tipo de projeto ao qual ele se propõe. Desde seus primeiros trabalhos sobre o tema, Berman (2007; 2012) demonstra forte inclinação em direção a uma versão normativa do pluralismo jurídico, algo que aparece em primeiro plano em textos mais recentes (BERMAN, 2018; 2019). De acordo com sua visão, os *insights* pluralistas possibilitariam

[...] criar e preservar espaços para interações produtivas entre múltiplas e sobrepostas comunidades e sistemas jurídicos ao desenvolver mecanismos procedimentais, instituições e práticas que visam trazer essas comunidades e sistemas ao diálogo em vez de ditar normas de forma hierárquica. Uma abordagem desse tipo não é derivada de nenhum conjunto abrangente e universal de verdades absolutas, nem requer um comprometimento a valores substantivos específicos. Requer apenas uma disposição pragmática de se engajar com outros sistemas

⁵⁰ (Giudice, 2014 p. 597) critica, no entanto, esse ponto da argumentação de Berman. Segundo ele, não se pode afirmar que o territorialismo soberano e o universalismo ignorem ou neguem situações de hibridismo jurídico; eles apenas oferecem respostas diferentes a elas.

normativos possíveis e potencialmente restringir sua voz em prol de estabelecer relacionamentos viáveis e duradouros, e harmonia entre múltiplas comunidades. (BERMAN, 2019, p. 384).

Em outras palavras, o grande desafio ao qual o pluralismo jurídico global tem se proposto, segundo Berman (2019, p. 384), é transformar o diagnóstico da pluralidade de regulações em uma “ferramenta útil para desenhar e avaliar instituições e procedimentos jurídicos”. Ou seja, a pretensão de ir além daquela unanimidade que o pluralismo jurídico descritivo parece ter alcançado enquanto diagnóstico empírico. Mas esse “ir além” significa, na verdade, imbuir o pluralismo jurídico de um objetivo mais pragmático – o que justificaria a fuga das cansativas e alegadamente infrutíferas discussões sobre o que pode ou não ser caracterizado como direito uma vez que, na prática, isso raramente tem importância.

Cumprе ressaltar, aliás, que dentre as influências teóricas de Berman os trabalhos comumente classificados como “pluralistas” ocupam uma posição somente secundária. Em seus trabalhos mais antigos sobre o tema, quando tratou das relações entre o direito internacional e às novas tendências globalizantes, Berman (2005; 2007) apoiou suas observações no pensamento de Harold Koh (1996) e sua noção de “processos jurídicos transnacionais” como explicação para a internalização de regras internacionais por parte dos Estados.⁵¹ Em seus últimos textos, ganharam proeminência autores e autoras como Robert Cover, Iris Marion Young, Hannah Arendt e Chantal Mouffe – enquanto a teoria pluralista, sobretudo a “clássica”, é mencionada mormente a título de contextualização histórica.

Esse relativo afastamento em relação a uma “tradição” pluralista gerou certo desconforto entre alguns de seus supostos herdeiros⁵², que enxergam na versão global de Berman (2019, p. 384) a defesa de um universalismo liberal em razão de sua ênfase em procedimentos e instituições que favoreçam o diálogo e a interação, o que por sua vez desconfiguraria a ideia de uma teoria verdadeiramente pluralista.⁵³ Afinal, como propor uma versão específica de pluralismo sem deixar de ser radicalmente pluralista, isto é, de defender incondicionalmente a existência de uma pluralidade de visões? De fato, Berman (2019, p.

⁵¹ Koh (1996), por sua vez, retomara o conceito de *jurisgenesis* formulado por Robert Cover (1983) como forma de ilustrar interações jurídicas produtivas entre atores internacionais e transnacionais. Berman (2007, p. 323) leva adiante esse *insight*, afirmando que a concepção de *jurisgenesis* no contexto do direito internacional aponta para a circunstância de “que podem emergir regras que mudem o contexto social em que os interesses são desenvolvidos”, isto é, o estabelecimento de normas pode afetar o próprio olhar dos atores envolvidos sobre a arena política internacional. Retomaremos esse importante ponto mais adiante.

⁵² Para uma crítica nesse sentido, ver Galán e Patterson (2013).

⁵³ A visão de Robert Cover (1983) sobre a importância de tolerar a pluralidade de universos normativos (*nomos*) também foi contestada de forma semelhante por Robert Post (2005, p. 13): “Se o liberalismo é o seu próprio *nomos*, e se o liberalismo é necessário para preservar as comunidades menores autônomas que Cover acha tão atraentes, então o *nomos* do liberalismo adquire um tipo especial de primazia lógica. Mas Cover não está disposto a reconhecer essa primazia, porque está preocupado em insistir em mundos plurais de *nomoi* iguais.”

385) não enxerga uma solução para esse paradoxo que não envolva uma tomada de posição deliberada: toda visão normativa do direito, por mais inclusiva e pluralista que seja, sempre irá “eliminar um pouco do pluralismo ao criar fronteiras entre o que é incluído e o que é excluído”. Se quisermos prescrever como o direito deveria ser, precisamos abdicar da pretensão de abarcar toda e qualquer manifestação de direito.⁵⁴ Retomando a ideia de Cover (1983) de que os tribunais estatais produzem decisões “jurispáticas”, isto é, eliminam significados jurídicos, Berman (2019, p. 386) conclui:

Qualquer decisão sobre desenho institucional, escolha procedimental ou ordem judicial ou legislativa sempre e necessariamente será “jurispática”, como Robert Cover diria, escolhendo dessa forma um direito sobre outro e desferindo um golpe no pluralismo. Ao mesmo tempo, qualquer descrição honesta sobre o direito deve reconhecer que em face de qualquer asserção sobre ele, mesmo a mais global e abrangente, o pluralismo jamais é derrotado; o que é direito legítimo para um grupo será ilegítimo para outros.

Em suma, a adoção de uma concepção determinada sobre o direito – por exemplo, de que ele deve sempre procurar estimular o diálogo e a interação através de regras e procedimentos – não nega a situação de fato que é o pluralismo jurídico. Uma concepção específica sobre o direito é e sempre será contestada por algum grupo, mas isso não implica em negá-lo. Pode-se questionar o quanto o pluralismo jurídico faz sentido enquanto projeto normativo, mas ao menos a crítica de que ele nega a pluralidade que defende não parece muito procedente, e pode-se dizer que ela foi enfrentada de forma satisfatória por Berman.

Contudo, o pluralismo jurídico global também é alvo de algumas críticas mais contundentes, como as que Tamanaha (2021) procurou expor.⁵⁵ Em primeiro lugar, este autor contesta a possível comparação dessa corrente com a literatura pluralista mais clássica:

O pluralismo ganha impulso por contraste ao monismo. Mas o direito a nível global não é geralmente visto como unificado, ao menos não fora de um pequeno grupo de estudiosos europeus que consideram o direito internacional como uma ordem constitucional global. [...] Não há portanto a visão monista de um sistema supremo, unificado e hierárquico sobre a qual o pluralismo jurídico transnacional pode ser contraposto. (TAMANAHA, 2021, p. 159).

Essa primeira observação reputa à versão global do pluralismo jurídico um certo ar de redundância. De fato, a literatura sobre fenômenos jurídicos transnacionais é pluralista por definição: ela emerge da constatação de uma multiplicidade de ordenações, e não de uma

⁵⁴ Como argumentamos em outra oportunidade (FLORES, 2018), essa também é aparentemente a única saída encontrada por Robert Cover (1983; 1986) para o dilema entre a multiplicidade de universos normativos e a necessidade de controle social pela via do direito.

⁵⁵ Para uma crítica interessante partindo de outro ponto de vista, o da teoria analítica, ver Giudice (2014).

revolta contra um modelo unificado de direito transnacional. Como vimos anteriormente, mesmo Luhmann, que não viu os desdobramentos mais recentes e valorizou mais as formas institucionalizadas do direito, pode ser lido como um pluralista – ou ao menos alguém que não se contrapõe a uma visão pluralista. Assim, reconhecer que o pluralismo é a condição do direito para além do Estado soa em boa medida como um truísmo.

Contra essa primeira crítica Berman e os demais autodenominados pluralistas globais ou transnacionais poderiam argumentar que a originalidade de suas teorias não reside no emprego da expressão “pluralismo jurídico” e nem no qualificativo “global/transnacional” entendido como a soma de todos os tipos de direitos encontrados do nível local ao global. Em Berman, por exemplo, fica nítido que o emprego dessa expressão não revela em grau suficiente a pretensão normativa que se inscreve no interior de sua teoria, isto é, o autor propõe mais do que apenas um “pluralismo jurídico” pensado em uma “perspectiva global”. No que Tamanaha poderia retrucar: se o título não fornece nenhuma pista sobre o conteúdo, por que então utilizá-lo? Ainda que não encerrasse o debate, essa seria uma questão certamente difícil de ser respondida.

Mas esse problema, potencialmente solucionável pelo emprego de uma nova terminologia, não constitui a principal fragilidade apontada por Tamanaha (2021). Para compreendê-la, é preciso retomar a questão maior da problemática identificação do que é ou não direito. Berman (2017, p. 154), como vimos, negligencia conscientemente a importância das “supostas distinções” entre normas jurídicas e outros tipos de elementos como “costumes” e “imperativos psicológicos”. Mas Tamanaha não está convencido dos eventuais benefícios dessa atitude. Em sua visão, ela representaria não necessariamente um equívoco, mas uma desnecessária inflação do conceito de direito. Basicamente, passa-se a nomear como “direito” certas regulações sem que haja um ganho teórico real com essa atitude. Se Berman propõe uma visão pragmática, então faz ainda menos sentido utilizar a palavra direito em circunstâncias duvidosas quando existem palavras como “regulação” ou “governança” que exigem definições bem menos demandantes e servem essencialmente aos mesmos propósitos (TAMANAHA, 2021, p. 160). Além disso, a fuga da questão direito/não direito se mostra ilusória:

Berman pretende evitar o problema ao negar a necessidade de se oferecer um conceito de direito. O que ele faz, contudo, é pressupor uma resposta sem especificar qual é, ligando o direito a famílias, associações e um leque de ordenações normativas. Após reconhecer que o pluralismo jurídico global não é realmente global em alcance e nem plenamente pluralista (pois ele nega valores iliberais), Berman escreve: “De fato, considerando a visão ampla (e frequentemente indefinida) de direito abraçada pelos pluralistas jurídicos, ele talvez não seja

propriamente considerado ‘jurídico’ também!” Um teórico influente no tema agora nos diz que a questão afinal não é sobre direito. (TAMANAHA, 2021, p. 160-161).

Como se depreende da passagem acima, as críticas de Tamanaha, que soam semelhantes às de Fabra-Zamora (2021), são duras em relação a todos os termos que o pluralismo jurídico global evoca: ele seria duvidoso enquanto pluralismo, incerto enquanto jurídico e equivocado enquanto global. A primeira acusação, de não ser “plenamente pluralista” por negar valores iliberais, pode ser razoavelmente respondida pelos argumentos que apresentamos anteriormente. Uma concepção pluralista sempre é, de alguma forma, específica. Se pluralismo significa abertura a todo e qualquer conceito de direito passado, presente ou futuro, então a palavra imediatamente deixa de comportar qualquer significado. O que até pode ser o caso, mas então a crítica de Tamanaha deveria ser redirecionada ao próprio uso do termo e não ao fato de Berman não ser suficientemente pluralista. Sobre o aspecto “global”, Berman reconhece que o alcance de seu pluralismo pode não ser tão amplo, mas uma saída para manter a expressão poderia ser buscada na forma que Walker (2015) ou Roth-Isigkeit (2018) encontraram para poderem falar em “direito global”, como vimos no começo deste capítulo. Por fim, na questão da definição do “jurídico”, Tamanaha (2021) ecoa as críticas que já vem sendo elaboradas desde o início da tradição pluralista e que não encontraram respostas satisfatórias, conforme vimos anteriormente.

Diante dessas sólidas considerações, restaria então questionar se ao menos o enfoque normativo do pluralismo de Berman (2019, p. 384) se sustenta apesar de sua relativa indefinição em relação ao “jurídico”. Ou seja, se sua proposta de “criar e preservar espaços para interações produtivas entre comunidades e sistemas jurídicos múltiplos e sobrepostos”, que claramente visa influenciar a prática jurídica a partir da teoria, eventualmente se sobrepõe às inconsistências presentes em seu diagnóstico. A respeito disso, no entanto, a crítica de Tamanaha (2021) permanece implacável. Identificando que o eventual valor da teoria de Berman reside na criação de mapas que supostamente facilitariam a navegação de tomadores de decisão em meio a múltiplas normatividades jurídicas ou quase jurídicas, o autor contesta sua importância prática.

Segundo Tamanaha (2021, p. 165-166), juristas que se envolvem em questões que atravessam ordens jurídicas e/ou normativas normalmente “seguem o conselho pluralista jurídico de prestar atenção nos regimes regulatórios coexistentes em questão e de considerar suas implicações e interações”, e o fazem cotidianamente na ausência de mapas teóricos sofisticados “dada a natureza concreta e prática de suas tarefas”. Assim, Tamanaha (2021, p. 168) conclui que após sugerir “um enfoque nos corpos regulatórios híbridos públicos e

privados e suas interações”, o pluralismo jurídico global “tem pouco a dizer para além de que devemos prestar atenção à complexidade e à interação, ou então defender a flexibilidade, a negociação e outros conselhos genéricos pouco substantivos”.

Consideremos, por ora, que as críticas de Tamanaha estão corretas e de fato comprometem o projeto pluralista de Berman e de versões semelhantes a ele. Isto posto, temos então por um lado as perspectivas mais clássicas do pluralismo jurídico que, além de não designarem uma concepção específica dada sua multiplicidade de versões, parecem incapazes de superar alguns problemas importantes de definição do que pode ser considerado “direito”. Por outro lado, vemos que as tentativas de construir um pluralismo jurídico “global” ou “transnacional”, por mais que atualizem o contexto de aplicação das teorias pluralistas, não parecem suprir os déficits presentes nas análises de seus antecessores. Sem dúvida, esses fatores colocam a expressão pluralismo jurídico em uma situação delicada. Porém, antes de movê-la definitivamente do vocabulário teórico para o histórico, cumpre revisarmos ao menos duas tentativas de reabilitar o termo que inauguraram novas perspectivas sobre a forma como ele pode ser pensado: o pluralismo jurídico “crítico” de Kleinhans e Macdonald (1997) e o pluralismo jurídico *folk* proposto pelo próprio Tamanaha (2021).

Ambas as abordagens estão unidas, inicialmente, pela crítica ao pluralismo jurídico social científico – mas as diferenças começam a aparecer na medida em que essa crítica é motivada por razões ligeiramente distintas. Ainda na esteira da dificuldade da teoria pluralista em capturar a dimensão eminentemente “jurídica” dos fenômenos sociais, Tamanaha (1995, p. 534-535) afirma:

Não se pode capturar o que o direito é o que ele faz por meio de qualquer conceito científico único. O projeto de imaginar um conceito científico de direito era baseado na crença mal orientada de que o direito compreende uma categoria fundamental. Ao contrário, o direito é totalmente um constructo cultural, não possuindo qualquer natureza essencial universal. Direito é qualquer coisa que rotulamos como direito. É um termo convencionalmente aplicada a uma variedade de fenômenos multifacetados e multifuncionais: direito natural, direito internacional, direito primitivo, direito religioso, direito consuetudinário [...]

Partindo de outra perspectiva mas como o mesmo alvo em mente, Kleinhans e Macdonald (1997, p. 36) afirmam:

Concepções sociais científicas de pluralismo jurídico desempoderam o sujeito e sua construção do direito; elas enxergam o sujeito jurídico apenas como um “indivíduo” abstrato, eliminando assim a criatividade e efetivamente apagando qualquer noção de subjetividade jurídica dotada de um conteúdo específico. O direito, nessa visão, é uma criação antropomórfica que regula a si próprio sob o disfarce de uma pluralidade de campos sociais; as ordens jurídicas desses campos sociais se tornam

elas próprias o sujeito jurídico, e suas interações são entendidas como respostas a uma lógica de “escolha racional”.

Ou seja, enquanto Tamanaha (1995) identifica o problema na confusão que as concepções sociais científicas promovem ao tratar o direito como um conceito passível de cientificização, desconsiderando que ele é um conceito cultural, em Kleinhans e Macdonald (1997) encontramos uma crítica do processo de abstração que constitui essas abordagens e seu conseqüente apagamento dos sujeitos reais que escrevem, interpretam e obedecem ao direito produzido em diferentes espaços sociais. Em vista disso, Kleinhans e Macdonald (1997) postulam um pluralismo jurídico cujo foco recairia sobre os possíveis sujeitos das regulações, e não sobre os regimes. Nessa visão, o direito aparece como uma iniciativa “autobiográfica”, conforme explicam os autores:

Um pluralismo jurídico crítico presume que os sujeitos jurídicos sustentam cada um de seus múltiplos *selves* narrativos ao escrutínio de seus outros *selves*, e ao escrutínio de todos os outros *selves* narrativos projetados sobre eles pelos outros. O *self* é o lugar irreduzível da normatividade e da internormatividade. E a própria ideia do direito deve ser autobiográfica. (KLEINHANS; MACDONALD, 1997, p. 46).

A ideia de recuperar a dimensão do *self* no direito, e particularmente no âmbito do pluralismo jurídico, soa bastante produtiva e contém algumas perspectivas ainda a serem exploradas. Por outro lado, sob uma perspectiva da teoria do direito, não se pode subestimar o fato de que o direito é essencialmente um fenômeno coletivo. Nesse sentido, a teoria de Kleinhans e Macdonald (1997), como o próprio nome sugere, pode de fato representar um ponto de vista crítico interessante sob o qual perspectivas pluralistas que enfatizam fenômenos normativos mais gerais podem ser confrontadas, mas não pode ser lida como um substituto de versões mais antigas e, sobretudo, não resolve os problemas centrais de definição que afligem o pluralismo jurídico. Uma resposta mais satisfatória a essas questões pode ser encontrada, em vez disso, no pluralismo jurídico *folk* de Tamanaha (2021).

O cerne da visão jurídica de Tamanaha (1995, p. 535) está contido em sua afirmação, feita há mais de duas décadas, de que “direito é qualquer coisa que rotulamos como direito”. Nos anos subsequentes, Tamanaha ampliou seu diagnóstico em vista da emergência de novos fenômenos jurídicos transnacionais e da consideração de textos mais contemporâneos sobre pluralismo jurídico; mas é possível dizer sua posição, com alguns aprimoramentos necessários, continua substancialmente a mesma desde então.

Trata-se de uma visão convencionalista (ou não essencialista) sobre o direito que parte, como já antecipamos, da noção de que o direito é um conceito cultural (*folk concept*) e

não um conceito científico. Segundo Tamanaha (2008, p. 396), dado que “ao longo do tempo e em diferentes lugares as pessoas têm visto o direito em termos diferentes” e essas várias manifestações jurídicas “não compartilham todas elas as mesmas características básicas”, o direito “não pode ser reduzido a um conjunto único de elementos para propósitos sociais científicos”. É por desconsiderar essa ideia que as reiteradas tentativas de definição do direito que se acumulam ao longo de anos de escritos pluralistas falharam.

Categorias funcionalistas como as que vimos na seção anterior invariavelmente erram ao incluírem fenômenos que não vistos como jurídicos em suas definições (*over-inclusiveness*) e/ou por não exaurirem o que o direito é ou o que ele pode fazer (*under-inclusiveness*), como explica Tamanaha (2017, p. 47-48). Funções como “controle social” ou “coordenação de expectativas comportamentais” podem ser realizadas por hábitos, socialização, linguagem, educação, costumes etc.; o direito também cumpre tais funções, mas elas não esgotam tudo o que as pessoas podem fazer com os artefatos sociais que elas chamam de “direito”.

Mais recentemente, Tamanaha (2021, p. 175) passou a adotar uma nomenclatura específica para designar as diversas tentativas pluralistas de definir o direito com base em uma função ou forma específicas: trata-se do pluralismo jurídico “abstrato”, que resulta na “multiplicidade de uma única forma de direito identificada pelo conceito teórico” em questão. Por oposição a ele, Tamanaha (2021, p. 176) identifica sua visão convencionalista como pluralismo jurídico *folk* – uma abordagem que não tenta definir o direito por algum conjunto específico de atributos ou funções, mas que “aceita que manifestações convencionalmente reconhecidas de direito variam e se modificam ao longo do tempo em conexão com as circunstâncias sociais, culturais, econômicas, políticas, tecnológicas e ecológicas ao redor.” Assim, o pluralismo jurídico *folk* identifica não apenas uma multiplicidade de diferentes formas de direito coletivamente reconhecidas, mas também uma multiplicidade de variantes dentro de cada tipo de direito (estatal, internacional, religioso etc.).⁵⁶

Uma das principais objeções possíveis a versão *folk* de Tamanaha é o argumento de que, sob essa ótica, potencialmente qualquer coisa pode ser considerada direito – o que de certa forma repristinaria a dificuldade de delimitação inerente às concepções do pluralismo jurídico “abstrato”. Tamanaha (2021, p. 207) reconhece que, no limite, essa possibilidade existe; mas faz a ressalva de que “nas práticas sociais reais o termo direito (e suas traduções)

⁵⁶ Em certa medida, podemos dizer que Tamanaha (2021) “institucionaliza” ou “coletiviza” a visão autobiográfica do direito proposta por Kleinhans e MacDonald (1997), considerando o impacto social objetivo do compartilhamento das visões do *self* sobre a normatividade.

não é facilmente vinculado a todos os tipos de fenômenos pois é carregado de conteúdo e de conotações que limitam seu uso”. Isso até pode ser verdade, mas esse “não é facilmente vinculado” certamente não afasta a crítica de que potencialmente tudo pode ser vinculado – a ressalva de Tamanaha, nesse caso, soa um pouco inócua; talvez fosse mais honesto simplesmente assumir que o risco existe, mas que ele também não compromete sua visão.

Outra crítica que o próprio Tamanaha (2021, p. 208) menciona é a de que seu pluralismo *folk* impediria a construção de “uma ciência ou filosofia do direito baseada em um diagnóstico sobre os aspectos essenciais do direito”. Nesse caso, Tamanaha não hesita em afirmar que essa é exatamente a ideia. Esse objetivo até pode ser almejado pela teoria, mas dificilmente será atingido. A busca por verdades necessárias e universais sobre o direito cessa no momento em que se admite que ele é um artefato social, e não um objeto da natureza.⁵⁷

Por outro lado, Tamanaha faz uma importante ressalva de que as questões centrais que mobilizam a teoria do direito há séculos não são de forma alguma resolvidas pela perspectiva do pluralismo jurídico, seja na versão abstrata ou *folk*. Essas questões apenas não são mais colocadas em termos “verdade” ou “universalidade” do direito, e sim nos termos de escolhas melhores ou piores dentro das características pretendidas por cada tipo de direito em cada contexto. O fato que é o pluralismo jurídico também não é necessariamente bom ou desejável como Berman parece fazer crer, mas pode ser visto como uma espécie de faca de dois gumes:

O pluralismo jurídico cria incerteza jurídica para as pessoas mas também permite que elas utilizem o direito que elas entendem ou com o qual elas se identificam, fornecendo assim alternativas; ele cria potenciais competições entre fóruns coexistentes, o que pode debilitar o funcionamento de cada um deles, mas também pode produzir cooperação e levar a melhorias institucionais. (TAMANAHA, 2021, p. 212).

Munidos dos principais pontos do diagnóstico de Tamanaha, voltemos mais uma vez à proposta de Berman, que interessa aos propósitos dessa tese fundamentalmente em razão de seu aspecto normativo. Tomando essa última citação que extraímos de Tamanaha (2021), é possível presumir que Berman concorde com ela. Uma situação onde se constata a existência de pluralismo jurídico é uma oportunidade, mas antes disso ela é um problema, até mesmo uma ameaça; do contrário, não haveria razão para se falar em conflitos normativos, uma condição frequentemente mencionada em diferentes correntes teóricas sobre direito global ou transnacional, como na expressão “colisão de regimes” (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004).

⁵⁷ Para um desenvolvimento sobre este ponto, ver capítulo 3 de Tamanaha (2017).

O argumento de Berman é basicamente o de que muitas das “melhorias institucionais” que Tamanaha (2021, p. 212) reconhece como possíveis começam com o efetivo reconhecimento de uma situação de pluralismo não apenas de tipos de direito, mas de interpretações sobre o mundo, culturas, crenças. A crítica de Tamanaha a esse ponto, como vimos, é a de que isso normalmente já acontece na prática. Mas então podemos perguntar: isso invalida o trabalho de Berman de organizar exemplos⁵⁸ sobre situações desse tipo, com vistas a eventualmente influenciar comportamentos e inspirar novas soluções (que é, no fim das contas, aquilo a que a “dogmática jurídica”⁵⁹ se propõe)?

Indo mais além, se é realmente verdade que pessoas juízas e advogadas “já seguem largamente o conselho jurídico pluralista de prestar atenção aos regimes regulatórios coexistentes em questão e a considerar suas implicações e interações” (TAMANAHA, 2021, p. 166) – uma generalização forte, que parece ignorar o relativo desconhecimento da noção de pluralismo em diversos círculos profissionais – por que então uma parte relevante da teoria pluralista ainda insiste que esse conselho é relevante? O pluralismo jurídico é realmente tão triunfante na prática quanto parece ser na teoria (outra questão: na teoria de qual contexto)? E o que é mais importante: ele não deveria insistir em seu papel reflexivo na construção da agenda dos diversos órgãos decisórios que lidam com uma pluralidade de direitos, da mesma forma que o combate ao “centralismo jurídico” encabeçado pelo pluralismo dos anos setenta e oitenta foi importante para que uma compreensão pluralista do direito ganhasse espaço dentro da academia jurídica? Por mais imperfeitos que venham a ser, os mapas teóricos não ajudam a influenciar os círculos decisórios profissionais acerca da importância de se chegar a uma solução que melhor contemple as diferentes normatividades em jogo?

A mera formulação de questões como essas parece ao menos recolocar a visão normativa de Berman como objeto de debate. Mas há outra circunstância ainda mais notável que nos impele a rever nossa atitude inicial de compreender como válidas e suficientes as críticas de Tamanaha (2021) ao pluralismo jurídico global. Ela está relacionada não com o mérito do pluralismo enquanto projeto normativo, mas com a tão criticada posição subjacente que ele reverbera sobre a definição do direito. Trata-se da seguinte passagem, que soa bastante reveladora:

⁵⁸ Berman (2012) aponta oito exemplos de mecanismos, instituições e práticas capazes de permitir a comunicação entre diferentes normatividades sem negá-las: interações jurídicas dialéticas, margens de apreciação, regimes autônomos limitados, esquemas subsidiários, arranjos de participação híbrida, regimes de reconhecimento mútuo, acordos de porto seguro e interações entre regimes.

⁵⁹ Ao menos de acordo com as visões de dogmática jurídica presentes em Ferraz Jr. (2015), Rodriguez (2019) e Warat (1997).

[...] o ponto importante é que os acadêmicos estudando a cena jurídica global não precisam retomar os debates longos e em última análise infrutíferos (tanto na filosofia como na antropologia) sobre o que constitui o direito e podem, em vez disso, assumir uma posição não essencialista: *tratar como direito aquilo que as pessoas veem como direito*. Essa formulação transforma a questão o-que-é-direito em uma investigação descritiva sobre quais normas sociais são reconhecidas como fontes de obrigação dotadas de autoridade e por quem. (BERMAN, 2012, p. 56). (grifos nossos)

Essa posição não meramente se assemelha a de Tamanaha: ela é expressamente citada por Berman como a posição de Tamanaha, e com a qual ele demonstra total concordância. Isso significa então que a maioria das críticas que Tamanaha dirige ao pluralismo jurídico global estão equivocadas, pois no fim das contas ele estaria criticando sua própria posição, implícita na teoria de Berman? Afirmar isso seria certamente um exagero, mas ao mesmo tempo nos parece que essa consideração é capaz de resgatar, ainda que parcialmente, a proposta de Berman. Seria um exagero pois, salvo nessa e em algumas passagens esporádicas, Berman parece realmente descuidar de um debate importante sobre a identificação do direito ou no mínimo pressupor uma interpretação que na verdade deveria estar em primeiro plano. É como se, na ânsia de atingir seu principal objetivo, que é o de propor uma visão normativa⁶⁰, ele pulasse algumas etapas que seus críticos justificadamente consideram como importantes para o melhor desenvolvimento de sua argumentação.

Berman parece já pensar diretamente no momento dos conflitos normativos, que normalmente é a oportunidade de reconhecer a normatividade do “outro” como jurídica. E talvez haja uma forte razão pragmática que justifique essa atitude, na medida em que a palavra “direito” costuma ser empregada menos em um sentido prévio, abstrato, do que como resultado de interações normativas. Como postulou Cover (1983), o direito possui uma dimensão de objetivação – quando um grupo social ou comunidade mobiliza sua reivindicação em termos jurídicos, transmite para os demais grupos uma mensagem de que seus preceitos constituem uma realidade a ser considerada não apenas de forma subjetiva por seus participantes, mas de forma objetiva também por aqueles que não compartilham de seus preceitos. Assim, determinado ator pode se ver na necessidade de falar em termos de direito como uma resposta a outrem, enquanto no interior de suas práticas normativas a questão direito ou não direito pode permanecer pouco relevante.

Ampliaremos essa discussão a seguir, ao sugerirmos um possível aprofundamento em relação à visão convencionalista de identificação do direito proposta por Tamanaha. Por meio

⁶⁰ Conforme já sugerimos, a impressão é a de que esse objetivo não estava tão evidente para o próprio Berman (2007; 2012) em escritos anteriores, ao menos não da forma como ele aparece em textos mais recentes (BERMAN, 2018; 2019).

de dois exemplos extraídos de contextos bastante diferentes, nossa discussão problematizará eventuais limites dessa visão. Em certos casos, os agentes envolvidos simplesmente não estão interessados ou não costumam falar de suas práticas enquanto “direito”, mesmo quando se estabelece algum tipo de conflito com uma normatividade vinda “de fora”. Estaríamos então autorizados a estudar suas práticas sob o ponto de vista do direito somente se eles próprios enxergam aquilo que fazem como direito? Em outras palavras, “direito” é algo a ser sempre identificado pelos próprios agentes ou é possível pensar em circunstâncias onde “terceiros interessados”, como tomadores de decisão ou pesquisadores, também se interessem em nomear algo como direito?

Mesmo que nosso objetivo central não seja defender a concepção de Berman das críticas que lhe foram dirigidas, mas sustentar nossa própria posição, nosso argumento acabará indiretamente favorecendo sua teoria normativa, na medida em que sugere uma primazia das práticas e das interações normativas para a identificação do direito. Berman pode ser corretamente criticado por entender que o conceito de “pluralismo jurídico” seja uma expressão adequada para situar sua posição ou por em boa medida negligenciar as discussões sobre o que caracteriza um fenômeno normativo como jurídico. Mas imprecisões conceituais e déficits teóricos à parte, ele mira corretamente naquela que talvez seja a questão mais fundamental para o estudo jurídico de fenômenos transnacionais de um ponto de vista normativo: como estabelecer o direito como um fórum efetivo de diálogo para as diferenças.

Finalmente, cumpre então retomarmos a questão posta na abertura desta seção, que versa sobre o cabimento do pluralismo jurídico (1) enquanto expressão para descrever o funcionamento do direito e (2) enquanto ferramenta teórica para auxiliar na proposição de uma visão crítica sobre o direito. Em relação ao primeiro ponto, nos vemos em uma posição estranha: ao mesmo tempo em que não deixa de ser correto falar em pluralismo jurídico, na medida em que ele é um fato difícil de ser negado, é temerário empregá-lo a todo tipo de situação que envolva mais de uma normatividade em jogo – a menos que ignoremos a distinção direito/não direito, o que por sua vez embaralha a análise. Assim, falar em pluralismo jurídico se torna algo relativamente inócua – sim, o pluralismo jurídico existe de modo geral; mas em cada contexto ele se manifesta de uma forma distinta, necessitando-se de uma observação cuidadosa que necessariamente precisará ir além de atestar o fato basilar de que o pluralismo jurídico existe. Como afirma Twining (2010, p. 511), expressões como pluralismo jurídico global/transnacional não respondem à questão principal: “pluralidade de que exatamente?”.

Se em relação ao primeiro ponto nossa resposta é parcialmente positiva, o segundo dificilmente escapa de uma resposta negativa. Em razão da instabilidade anteriormente constatada sobre o termo, talvez seja melhor evitá-lo, ao menos em primeiro plano, em uma visão crítica sobre o direito produzido transnacionalmente. “Pluralismo jurídico” não representa uma posição teórica específica no debate, podendo criar confusões conceituais a partir de interpretações sobre visões pluralistas muito distintas. Trata-se de uma expressão que não provê, por si só, uma linguagem particular para compreender os fenômenos jurídicos em termos de questões importantes como autoridade e legitimidade.

Em suma, antes de representar uma teoria, o pluralismo jurídico é a própria condição inicial sobre a qual o espaço normativo transnacional deve ser pensado. Como fato que é, ele afeta a maneira como devemos pensar sobre direito de modo geral, o que a maioria das teorias do direito contemporâneas parece reconhecer. Da mesma forma que é difícil negar a existência do “direito global” enquanto tendência regulatória (deixando-se de lado a questão sobre se a terminologia é apropriada enquanto conceito), parece fora de cogitação negar que essa tendência comporta múltiplas manifestações de direito. A questão central que permanece é a de como nos movemos a partir daí em direção a um diagnóstico mais acurado sobre os fenômenos normativos transnacionais que possa servir de fundamento para uma visão crítica sobre eles. Nesse sentido, o termo pluralismo jurídico se mostra insuficiente. Por esse motivo, empreendemos a seguir uma tentativa de atingir esse objetivo a partir de um enfrentamento da questão direito/não direito a partir de outra chave de leitura.

2.4 Significado jurídico e multinormatividade

As últimas duas seções foram essencialmente dedicadas a apresentar algumas das controvérsias teóricas que envolvem tentativas de definição do direito em um contexto que pode ser referido, genericamente, como “pós-estatal”. Entre definições analíticas mais rígidas e posições pluralistas que suavizam ou negligenciam a distinção direito/não direito, a posição de Tamanaha nos parece ser aquela que moveu o debate de forma mais decisiva. Direito não é um conceito científico, mas um conceito *folk* cujas diversas manifestações são primordialmente identificáveis a partir de discursos e práticas que evocam o termo “direito” e suas inúmeras variações linguísticas. Ao ignorarem isso, tentativas de definição do pluralismo jurídico “abstrato” ou empreitadas analíticas que buscam “essências” ou “aspectos universais” invariavelmente fracassam em identificar ao mesmo tempo *tudo* e *somente* o que é direito.

Tomemos então essa posição teórica não essencialista como ponto de partida: em última instância, direito é aquilo que os agentes envolvidos entendem como direito. Mas isso é tudo o que podemos dizer em termos de identificação do que é direito? Ao menos dois exemplos parecem sugerir que, no mínimo, alguns aprofundamentos poderiam ser feitos em relação à visão sustentada por Tamanaha.

O primeiro exemplo se relaciona com o objeto principal da tese, que é a noção de autoridades públicas transnacionais. Trata-se de um tipo de arranjo institucional que Bernstein e Cahore (2007, p. 348) denominam como “sistemas não estatais dirigidos pelo mercado” (*non-state market drive systems*) ou, na sigla em inglês, sistemas NSMD. Em síntese, tais sistemas são “instituições de governança deliberativa e adaptativa que buscam incutir normas sociais e ambientais no mercado global e cuja autoridade deriva diretamente de públicos interessados, incluindo aqueles alvos da regulação, e não de estados soberanos”. Em outras palavras, são iniciativas que buscam convencer determinados setores empresariais a estabelecerem padrões socialmente e ambientalmente aceitáveis para suas práticas econômicas. Provavelmente o exemplo mais bem sucedido e longo desse tipo de iniciativa é o Forest Stewardship Council (FSC), que estabelece padrões de manejo florestal para uma série de atores de diversas cadeias produtivas direta ou indiretamente envolvidas com a extração de recursos das florestas mundiais.

Bernstein e Cahore (2007, p. 352) mostram que os sistemas NSMD são bem sucedidos pois avançam onde regulações intergovernamentais normalmente emperram e porque evitam questões de soberania ao terem como alvo empresas, e não Estados. Esse avanço, é claro, vem às custas de uma estrutura mais flexível e menos assentada em normas jurídicas estatais ou internacionais consolidadas. Assim, à primeira vista, os sistemas NSMD se parecem com simples compromissos que as empresas optam livremente por aderir. Não haveria então que se falar em direito propriamente dito ou, no mínimo, se poderia descrever a atividade desses sistemas, sem qualquer prejuízo à descrição utilizando-se termos como governança ou regulação.

Contudo, uma vez que passam a integrá-los, as empresas passam a responder a pressões sociais ou econômicas para seguir os compromissos firmados pelos sistemas NSMD. Sair desses arranjos sempre é evidentemente uma opção, mas conforme o sistema se fortalece por meio da adesão de mais atores, ações desse tipo costumam se refletir em importantes perdas de reputação para a empresa, que pode ser excluída de certos acordos comerciais. Ou seja, os sistemas NSMD são instituições de governança que dispõem de autoridade efetiva

para fazer cumprir seus preceitos, ainda que de formas menos coercitivas e diretas do que, por exemplo, os Estados-nação.

Mas o que fundamentalmente nos interessa nesse sistemas é a existência de uma progressão paulatina em direção a uma efetiva consolidação das regulações. Como mostram Berstein e Cahore (2007, p. 356), em seus estágios iniciais de formação os sistemas NSMD dependem sobremaneira de empresas próximas que já demonstram alguma aceitação prévia em relação ao sistema com base sobretudo em avaliações estratégicas de mercado. Essas estratégias normalmente se traduzem em diferentes interesses regulatórios, e nesse momento os sistemas NSMD são fortemente testados: ou se mostram capazes de mostrar para as empresas que seus objetivos regulatórios são factíveis e possivelmente vantajosos a partir de variadas perspectivas, ou se desidratam, o que pode originar iniciativas separadas ou simplesmente significar a dissolução do sistema. Caso essa etapa seja superada, os sistemas NSMD avançam em direção a uma condição de legitimação tal que as divergências de interesse tomam forma *dentro* da instituição, e não *sobre* ela.

Conforme essas instituições de governança se consolidam, agentes que se candidatam a ingressar nelas passam a ter que assumir uma série de compromissos normativos para que sejam aceitos. Os participantes mais antigos, por sua vez, vão se mostrando cada vez mais demandantes em relação ao cumprimento das normativas estipuladas. De uma perspectiva jurídica, isso significa que, na medida em que a regulação avança, os sistemas NSMD vão incorporando princípios e regras que podem razoavelmente ser considerados como “jurídicos”, ainda que a regulação eventualmente não venha a se constituir, da perspectiva de alguns participantes, como uma ordem jurídica.

O que esse exemplo mostra é que, em casos como esse, não se sabe ao certo quando a governança passa efetivamente a ser considerada como contendo princípios ou regras potencialmente vistas como direito pelos participantes envolvidos. É uma atividade difícil, e provavelmente infrutífera, tentar precisar em que momento o direito “começa” nesses arranjos.

Seria razoável afirmar que os sistemas NSMD não constituem propriamente uma ordem jurídica pois seus participantes não se referem a eles enquanto “direito”. Mas não parece razoável que, em razão disso, suas dinâmicas não possam ser avaliadas a partir de uma perspectiva jurídica.

Essa relativa indefinição sobre o direito não se verifica, no entanto, somente no espaço transnacional. Um segundo exemplo se refere ao contexto estatal. Em outra oportunidade (FLORES; RODRIGUEZ, 2018), mostramos como o preceito religioso das Testemunhas de

Jeová que proíbe a transfusão sanguínea entre seus adeptos suscita um conflito normativo que comumente é levado aos tribunais. Sob a ótica do direito estatal, o que se verifica nesses casos é um embate entre os preceitos constitucionais de proteção da vida e de liberdade religiosa. As Testemunhas de Jeová tem garantido o direito constitucional de exercer sua religião, mas médicos e médicas possuem, em razão de previsão normativa inscrita no Código de Ética de sua profissão, o dever de proteger a vida de seus pacientes. Na ocasião, sugerimos com base no pensamento jurídico de Cover (1983) que a jurisdição estatal poderia, de um ponto de vista dogmático, reconhecer esse preceito como contendo uma conotação jurídica, uma vez que os agentes se comprometem fortemente – com a própria vida, aliás – com o seu cumprimento. Conforme esclarecemos na ocasião, isso não implicaria no reconhecimento de uma ordem jurídica completamente apartada do Estado:

Seria equivocado, no entanto, deduzir que essa posição implica na aceitação passiva de um direito “não-estatal”. Não estamos propondo qualquer versão alternativa de direito, muito menos querendo afastar o direito constitucional das decisões judiciais. Há uma grande diferença em reconhecer, por um lado, que uma posição de caráter moral ou religioso possua um significado *jurídico* e, por outro, entender que a narrativa das Testemunhas de Jeová ou de qualquer outra organização religiosa deva ser entendida como “norma” ou como “princípio” legal que deva ser sopesado (ou combatido) pelas normas e princípios de direito estatal. No primeiro caso, trata-se de ampliar os limites da dogmática jurídica e da racionalidade das decisões judiciais. No segundo, tratar-se-ia de opor duas narrativas (a do Estado e a da organização religiosa), dotadas de sentido e legitimidade distintos, por meio de uma instância decisória que, conforme se espera, se apoia em uma delas – a narrativa do direito estatal e da Constituição. (FLORES; RODRIGUEZ, 2018, p. 76-77).

Não foi por acaso que utilizamos na ocasião a expressão “significado jurídico” e não “direito”. Afirmar que os preceitos religiosos das Testemunhas de Jeová (ou de qualquer grupo que contenha características relativamente semelhantes) constituem “direito” significa repetir o mesmo tipo de confusão em que o pensamento pluralista se enredou durante décadas. Provar que essa ordem religiosa se equipara a uma ordem jurídica significa assumir um ônus desnecessário.⁶¹ As Testemunhas de Jeová também possuem outras práticas que as singularizam, mas que não costumam ser levadas à apreciação de tribunais estatais. Se fosse necessário falar sempre em “direito”, em sentido forte, diríamos então que a recusa de transfusão sanguínea é direito, enquanto outros preceitos e hábitos que não conflitam com as normas do Estado não são direito. Mas em nada auxilia na compreensão do que é direito dizer que qualquer preceito religioso, por exercer determinada função (controle social, orientação

⁶¹ No caso particular das Testemunhas de Jeová, que buscam um envolvimento mínimo com a assim chamada “esfera pública”, tida como um lugar de práticas imorais na visão das instâncias mais altas da religião (HOLDEN, 2002, p. 11-12), afirmar que sua ordem religiosa constitui “direito” seria inclusive assumir uma direção contrária a da autoidentificação proposta por Tamanaha (2021).

de comportamento etc.), é direito. Da mesma forma, não parece razoável dizer que, em razão da circunstância de entrar em conflito com algo reconhecido como “direito” (nesse caso, as instituições formais do Estado), um preceito passa a se tornar direito.

De outra parte, se adotarmos a visão de Tamanaha (2021), somente poderíamos falar em direito caso as próprias Testemunhas de Jeová elaborassem seus preceitos enquanto direito. Mas se o caso é levado aos tribunais estatais, que não possuem legitimidade para decidir sobre os limites de uma religião, mas somente sobre os limites do direito aplicável dentro de sua jurisdição, então é possível dizer que o preceito religioso em questão no mínimo interessa ao Estado de um ponto de vista jurídico, uma vez que seus agentes terão de decidir se, na prática, ele deve ou não ser respeitado. Aliás, nada impede que qualquer preceito religioso, seja das Testemunhas de Jeová ou de outra religião, também entre conflito com outras normatividades, estatais ou não.⁶² E, a partir desse momento, pode-se dizer que esse preceito será relevante do ponto de vista do direito conforme aplicado e interpretado, por exemplo, por instituições propriamente designadas para atuarem como instâncias jurídicas, como é o caso dos tribunais estatais.

Importa para o direito estatal brasileiro que algumas pessoas recusem a transfusão sanguínea que poderia salvar suas vidas. No contexto da pandemia da Covid-19, por exemplo, também poderia importar um preceito que ordenasse reuniões presenciais todo o domingo, uma vez que ele entraria em conflito com eventuais medidas sanitárias adotadas pelo Estado. Por outro lado, dificilmente importaria um outro preceito recomendando a abstenção de um algum tipo de alimento em determinado dia da semana. O ponto central é: não parece fazer sentido dizer que esses preceitos “são” ou “não são” direito de antemão. O campo do direito pode sempre se interessar por eles na medida em que eles suscitem, por exemplo, conflitos normativos – não apenas com o Estado, mas também com outras religiões, interesses de grupos sociais particulares etc.

A existência de conflitos ou interações normativas talvez seja um bom lugar para situar o objeto da pesquisa e da prática jurídicas.⁶³ É ela que vai determinar, nesses casos, o

⁶² É o que acontece, por exemplo, no caso *Bob Jones University vs. United States*, que serve de base para a discussão mais ampla que Cover (1983) estabelece sobre as origens da normatividade social.

⁶³ Posição semelhante em relação à importância do conflito é exposta por Duve (2015, p. 410), interessado sobretudo na perspectiva da história do direito (mas não apenas): “em primeiro lugar, tentaríamos contrabalançar o longo privilégio dado a opções normativas, que sempre tendeu a esquecer a sua seleção na prática. Em segundo lugar, tentaríamos contrabalançar o longo privilégio do direito erudito, e estaríamos mais atentos ao conhecimento jurídico trivial, tentando entender como as categorias do direito erudito formaram as mentes, ideias, conceitos e práticas, mas olhando-as pelos olhos da prática. Em terceiro lugar, diferentes procedimentos de resolução de conflitos geralmente produzem mudanças profundas na vida cotidiana local, e nos fornecem a oportunidade de observar as opções normativas disponíveis e a sua ativação. Desse modo, olhar para conflitos nos dá a oportunidade de descobrir o *direito vivo*, e ao mesmo tempo dirigir a nossa

quanto determinada prática ou norma é relevante para aqueles agentes que consideram importante chamar algo de “direito” – quem, operando em estruturas jurídicas ou estudando o direito, estabelecerá o recorte sobre aquilo que importa para sua análise ou para suas decisões. Assim, nossa posição sobre a controvérsia das Testemunhas de Jeová (FLORES; RODRIGUEZ, 2018), que pode ser chamada de normativa (ou dogmática), pode ser compreendida como um chamado para que os operadores jurídicos considerem o preceito religioso das Testemunhas de Jeová enquanto uma normatividade relevante – uma forma de organizar a vida que não pode ser completamente traduzida por normas alheias ao ambiente vivido pelos próprios agentes.

Mas como então seria possível conceber que algo possui uma “conotação jurídica” ou implica uma “normatividade relevante” sem que o consideremos como “direito”? Acreditamos que uma possível saída se encontra na expressão “significado jurídico”. O uso desse termo é inspirado pelo emprego que lhe é dado por Cover (1983) ao explicar que o processo de criação jurídica começa invariavelmente com algum tipo de narrativa que situa um ou mais preceitos, lhes provendo de um significado que pode influenciar ações concretas na realidade. Cover (1983, p. 4) pensava o direito como dando vazão a um “nomos”, isto é, um universo normativo, “um mundo de certo e errado, lícito e ilícito, válido e inválido”. É como se, da mesma forma que habitamos um mundo de elementos físicos, habitássemos também um mundo formado por normas e preceitos que não são visíveis ou palpáveis senão quando inscritos no comportamento coletivo de agentes e instituições que orientam suas condutas a partir deles.

O processo de criação de “significado jurídico”, que Cover (1983, p. 11) chamou de *jurisgenesis*, é resultado de interações culturais coletivas e sociais, mas não necessariamente ligadas ao Estado. Nesse sentido, seu pensamento ecoa a tese principal do pluralismo jurídico, apesar de em nenhum momento ele ter se filiado ou sequer mencionado esse termo em seus escritos.⁶⁴ Esse processo pode ser reconstituído como a sucessão de três “etapas”: interpretação, comprometimento e objetivação (FLORES, 2018). De forma muito resumida, o

atenção para enquadramentos extrajurídicos, especialmente importantes para a formação do direito, para o conhecimento acumulado da comunidade de comunicação, suas compreensões implícitas, isto é, para muitos fatores que tem sido identificados como elementos cruciais para uma análise do direito na antropologia sociológica e jurídica, ou na teoria jurídica culturalmente sensível.”

⁶⁴ A nosso ver, essa pode muito bem ter sido uma decisão motivada. Cover concebia o que se refere como “pluralismo jurídico” como a própria condição do direito, que como tal não precisaria ser nomeada. Mais do que mostrar a possibilidade de múltiplas normatividades concomitantes no mesmo espaço social, sua questão central versava sobre como conciliar a violência – física ou epistêmica – que é própria do direito com o potencial criador da *jurisgenesis*, tensão refletida naqueles que podem ser considerados como seus dois principais textos (COVER, 1983; 1986).

direito para Cover (1983) é criado quando um coletivo de pessoas interpreta um preceito, seja a partir de uma narrativa própria ou da releitura de outra narrativa ou preceito, e se compromete com ele de tal forma que a normatividade passa a ser vista como realidade objetiva por parte de outros coletivos e indivíduos. Seguindo nosso exemplo, as Testemunhas de Jeová estabelecem a partir da narrativa bíblica um preceito segundo o qual a transfusão sanguínea deve ser recusada⁶⁵ e se comprometem com esse preceito de tal forma que o Estado não pode ignorar que o grupo de fato se comporta da forma preceituada, mesmo que isso implique em contrariedade às leis estatais.⁶⁶

Partidário ou não da possibilidade de se distinguir teoricamente o direito de outras ordens normativas sociais, religiosas, econômicas ou éticas⁶⁷, Cover (1983) fez um movimento interessante ao utilizar a expressão “significado jurídico”, que pode ser utilizada como forma de reposicionar a questão direito/não direito. A partir desse ponto, é preciso dizer, estamos considerando o pensamento do autor como inspiração para sustentar uma posição própria. Cover (1983) utilizou de forma relativamente indiscriminada as expressões “direito” e “significado jurídico” para se referir a normatividades não estatais, como as de grupos religiosos. O que estamos sustentando aqui não é uma interpretação supostamente mais adequada sobre um aspecto incompleto de seu pensamento, mas uma interação produtiva com seus escritos.

⁶⁵ “De acordo com o site oficial das Testemunhas de Jeová (*JW.org*), a Bíblia – tanto no Velho como no Novo Testamento (Gênesis 9:4; Levítico 17:10; Deuteronômio 12:23; Atos 15:28, 29) – ordena claramente a abstenção de sangue sob qualquer via.” (FLORES; RODRIGUEZ, 2018).

⁶⁶ Um argumento comum que costuma ser utilizado para contestar a visão de Cover (1983) é o de que ela pressuporia que regimes despóticos ou grupos terroristas também poderiam constituir direito. E, de fato, é possível dizer que o pensamento de Cover comporta essa afirmação. No entanto, reconhecer a normatividade de outras ordens não significa chancelá-las como necessariamente boas ou aceitáveis. A ideia de *nomos* não comporta uma aura de sacralidade, como se cada *nomos* fosse intocável, ou como se a partir do momento em que há *jurisgenesis* também se procedesse a uma separação definitiva entre um universo normativo e os demais. Os diferentes *nomoi* que constituem o nosso gigantesco e multifacetado espaço normativo estão permanentemente sob ameaça de conflitos externos e disputas por significado no seu interior. Basta lembrar que a *jurisgenesis* é um processo: a partir do momento em que uma norma é internalizada e passa a ser cumprida pelos agentes, nada impede que, de tempos em tempos, essa mesma norma seja contestada por uma interpretação diversa. O próprio Cover, por exemplo, foi testemunha desse processo em sua participação na luta contra a segregação racial nos Estados Unidos. No caso das Testemunhas de Jeová, fizemos a ressalva de que é razoável que o Estado não queira abrir mão da ideia de capacidade como forma de evitar que menores de idade sejam submetidos à escolha religiosa de seus pais ou responsáveis. Dessa forma, o direito estatal circunscreve o *nomos* das Testemunhas de Jeová em um aspecto importante sem necessariamente negá-lo em sua totalidade (FLORES; RODRIGUEZ, 2018).

⁶⁷ Cover (1985) chegou a abordar mais diretamente a questão “o que é direito” em um texto chamado *Folktales of Justice*, mas ofereceu uma resposta intencionalmente aberta, apontando para a necessidade de se ver possíveis respostas como sendo dependentes de uma tomada de posição e alertando para o fato de que nenhuma visão é capaz de esgotar a questão definitivamente. Não fica claro se ele via a distinção entre direito e outras normatividades como significativa, mas considerando o contexto geral de seu pensamento tendemos a afirmar que não.

Nossa proposta é a de que formular uma distinção prévia robusta entre direito/não direito talvez não seja algo tão central para a prática cotidiana tanto dos agentes que se comprometem com determinados preceitos como de quem opera em instituições tidas como “jurídicas” ou quem pesquisa sobre “direito”. Não que seja impossível descrever o direito sob quaisquer termos, mas porque nenhum significado jurídico se encontra inscrito *a priori* em determinada regra, costume ou tradição. Ou seja, nada “é” ou “não é” direito antes de um olhar que recorta a realidade de determinada maneira, na esteira do que Weber (2006) argumentou em relação às ciências sociais. Sua concepção de direito talvez não lhe tenha permitido visualizar, a seu tempo, que o direito também é uma “ciência da cultura” – algo que se tornou mais evidente com os trabalhos pluralistas do século XX. Mas isso não nos impede de especular que aquilo que o autor afirmou em relação à “objetividade” das ciências sociais (sua preocupação em específico era a economia política) também possa ser atualmente válido para o direito:

[...] o caráter “socioeconômico” de um evento não é algo que lhe seja “objetivamente” inerente. Ao contrário, ele está condicionado pela orientação do nosso *interesse* de conhecimento, e essa orientação define-se conforme o significado cultural que atribuímos ao evento em questão em cada caso particular. (WEBER, 2006, p. 30-31).

Da mesma forma, entendemos que o caráter “jurídico” de um evento não lhe é “objetivamente inerente”, apesar da força de associação objetiva que o direito mantém em relação ao Estado não apenas no plano teórico, mas no próprio cotidiano dos indivíduos. Estamos querendo dizer com isso que a pergunta a ser feita não é se algo *é* ou não direito – no limite, essa questão é irrespondível de forma objetiva. A questão é algo ser ou não *lido* como direito. Quando um tribunal decide sobre a controvérsia das Testemunhas de Jeová ou quando uma pessoa jurista avalia os sistemas NSMD, ambos são capazes de enxergar significado jurídico – uma espécie de equivalente ao “significado cultural” de que fala Weber (2006) – em expressões normativas que podem ou não serem identificadas pelos próprios participantes enquanto direito. Recorrendo a suas próprias formulações sobre o que é direito, ambos veem tais normatividades como passíveis de uma leitura a partir dessas formulações. A partir do olhar da teoria jurídica transnacional, os sistemas NSMD contêm um significado jurídico; o mesmo pode acontecer em relação ao preceito religioso da recusa de transfusão sanguínea sob o olhar dos tribunais estatais.

Significado jurídico representa para a teoria do direito um sentido semelhante ao que Duve (2022) propõe com a expressão “conhecimento da normatividade” para a história do

direito. Considerando que há normatividades que interessam ao direito, mas que ao mesmo tempo não podem ser captadas em todas as suas dimensões por meio das categorias que o ocidente tradicionalmente construiu para compreender o que é “direito”, o autor sugere que este termo é um substituto mais adequado a expressões como “conhecimento jurídico”. Como nossa perspectiva teórica vislumbra um aspecto prático relevante na formulação do direito, a palavra “significado” marca a presença de um olhar sobre determinada normatividade que a “traduz” – e que, como tradução que é, jamais é perfeita – nos termos do que o agente ou a instituição compreendem como jurídico.⁶⁸ Ao mesmo tempo, utilizamos “jurídico” e não “normativo” porque consideramos que da perspectiva da pessoa ou instituição intérprete ou tradutora aquela normatividade interessa em termos do que ela classifica como direito.

É importante fazer uma ressalva nesse ponto: o tribunal *pode* ou não querer ver, por exemplo, o preceito das Testemunhas de Jeová como dotado de significado jurídico. O que Cover (1983) propôs, atitude que reiteramos aqui, é um chamado ao reconhecimento de outras normatividades, não a dedução de uma obrigação de reconhecê-las. Regimes jurídicos comumente constroem uma distinção sobre o que é direito e o que não é, e extraem consequências dessa distinção. O que acontece no caso transnacional, por exemplo, é que essa distinção muitas vezes não é construída de uma forma tão robusta, e pode não ser uma boa ideia excluir de antemão certas normatividades – mas não que a distinção não possa ou não deva ser feita. O ponto é que em toda instituição que fale ou atue em nome do “direito” sempre haverá a necessidade de *construir* uma distinção desse tipo, pois ela jamais se dá *a priori*.

Em suma, a distinção direito/não direito não pode ser remetida a um atributo objetivamente observável, mas só faz sentido a partir de um olhar interessado. Em uma primeira análise, entendemos que esse olhar pode ser reputado a pelo menos três posições principais. Um primeiro grupo de interessados é representado por aqueles indivíduos ou grupos diretamente afetados pela normatividade, como autores e/ou destinatários dela. Cidadãos e cidadãs de Estados nacionais não precisam se perguntar se são ou não submetidos a uma ordem jurídica, pois o conjunto de instituições estatais constitui provavelmente o exemplo mais evidente do emprego do termo “direito” – a tal ponto que, como vimos anteriormente, parte da teoria só conseguia enxergar o direito a partir desse exemplo. Mas existem incontáveis casos em que há muito menos evidências, para os próprios participantes, de que a normatividade que os influencia é ou não jurídica. Praticamente todo o direito

⁶⁸ Essa ideia de “tradução” também é cara a Duve (2022, p. 2), que entende a história do direito como a “história da tradução do conhecimento da normatividade”.

“global” ou “transnacional” se enquadra nessa circunstância, além de muitas normatividades que habitam o interior dos Estados, como as de comunidades indígenas ou grupos religiosos. Nesses casos, pode ser interessante para os indivíduos envolvidos falar em direito por uma série de razões, desde questões de legitimidade interna até eventuais alegações de autonomia perante outras normatividades. A visão não essencialista de Tamanaha (2021) nos parece suficiente para compreender o uso do termo direito a partir dessa primeira posição.

Uma segunda posição é representada por tomadores de decisão ou atores que participam da resolução de conflitos normativos em um sentido mais geral. Essa posição inclui tanto a pessoa que decide um caso como o da transfusão sanguínea de uma Testemunha de Jeová como uma pessoa que atua em uma função de aconselhamento de uma das partes envolvidas em uma arbitragem empresarial internacional. Toda e qualquer pessoa que lida com instituições, normas, regras ou processos que carregam um componente “jurídico” de forma explícita ou implícita é uma potencial interessada em ver qualquer normatividade relevante para seu trabalho como contendo um significado jurídico. Sobretudo no espaço transnacional, é comum ver manifestações de autoridades públicas que ao decidirem casos mesclam normas provenientes de diferentes fontes mais ou menos autodenominadas como “jurídicas” em uma mesma argumentação.⁶⁹

Por fim, uma terceira posição interessada é a de quem pesquisa sobre direito. Ela engloba tanto abordagens predominantemente empíricas que trabalham identificando elementos ou atributos normativos utilizando-se de um vocabulário comumente ligado (ainda que não exclusivamente) ao direito, como “normas”, “regras”, “aplicação”, “cumprimento”, como também estudos normativos ou pragmáticos que visam influenciar as próprias práticas, sejam elas conduzidas ou não por instituições ou atores autoproclamados como “jurídicos”. Essa segunda abordagem pode ser considerada como dogmática no sentido de organizar os materiais normativos na busca por melhores argumentos, arranjos institucionais ou formas de decisão. Ela não precisa identificar os materiais em questão como jurídicos ou não, mas formula suas considerações utilizando-se de ferramentas teóricas e da linguagem que o campo de estudo do direito costuma reivindicar para si. Em outras palavras, nada impede que juristas possam estudar e eventualmente intervir no debate teórico sobre formas de “governança” ou “regulação” – isto é, sobre arranjos em que é duvidoso falar em “direito” – fazendo uso de técnicas e raciocínios herdados de tradições jurídicas como o *rule of law* ou o direito

⁶⁹ Taekema (2022) mostra aliás que isso também pode acontecer no contexto dos tribunais nacionais, como no caso *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell*.

internacional sem precisar dizer que a normatividade em questão é uma ordem jurídica ou qualquer outra manifestação reconhecida como direito.

Com a hipótese que estamos propondo, chegamos à concepção do direito menos como um conceito do que como um campo de estudo e de práticas que abarca fenômenos normativos de diversos tipos, isto é, que lida com aquilo que tem significado para a forma como indivíduos e grupos buscam orientar suas próprias vidas, como diria Cover (1983). Um campo que lida, inclusive, com os impactos que a própria diferenciação entre direito/não direito provocou historicamente, tanto como forma de organização de materiais pertinentes ao direito como também de hierarquização entre diferentes saberes ou “significados jurídicos”. Da mesma forma, um campo que reconhece que afirmar que algo é “direito” ainda poderá, em diversos contextos, ter um caráter importante enquanto estratégia política, como no caso das comunidades indígenas (RODRIGUEZ, 2010). Mas que reconhece, em última instância, que não existe algo tão específico na normatividade do direito a ponto de se sustentar, a todo custo, a distinção direito/não direito (JOVANOVIC, 2020, p. 75).

Cover (1983; 1986) mostrou que o direito estatal não é hermeneuticamente privilegiado, mas recebe uma posição de destaque fundamentalmente em razão de sua capacidade de organizar e empreender a violência necessária para que seus preceitos sejam respeitados. Ou seja, o autor sustenta não haver nada de especial na normatividade do direito, por si só, em relação a outras normas sociais. O que pode fazer diferença é falar em nome do direito, ou estar situado em uma instituição que alega operar em nome do direito, na medida em que se vive em uma comunidade que compreende e reconhece a existência de uma diferença, seja em termos de validade ou eficácia, entre algo ser ou não direito.

Assim, a ideia de “significado jurídico” evita problemas como os que Tamanaha (2021) identificou em relação a Berman e demais proponentes do pluralismo jurídico global ou transnacional. Não é preciso dizer que algo é direito para estudá-lo sob uma perspectiva jurídica. Ao mesmo tempo em que não se inflaciona a palavra direito, reservando-a a situações em que os próprios interessados a empregam, não se deixa de teorizar sobre uma série de arranjos regulatórios ou de governança com base na linguagem jurídica. Além disso, essa posição também parece menos vulnerável a um tipo de crítica normativa bastante comum dirigida à teoria pluralista. Parte significativa da literatura internacionalista e que teoriza sobre direito global/transnacional vê com preocupação a tendência pluralista de dizer que tudo potencialmente é direito não apenas pela confusão que a inflação do termo pode suscitar, mas por uma suposta perda da força normativa do direito ao se renunciar à possibilidade de

distinguir claramente o que é direito e o que não é. Koskenniemi (2005, p. 17) expõe essa crítica da seguinte forma:

O problema com o pluralismo jurídico – que é a abordagem que busca abarcar todas as diferentes racionalidades efetivas no mundo – é a maneira com a qual ele deixa de fazer exigências sobre o mundo. Teóricos da globalização são tão encantados pela complexa interação entre regimes técnicos e por uma busca positivista de um vocabulário que abrangeria todos eles que deixam de lado o ponto crítico de sua tarefa. Isso é visível, por exemplo, no hábito de derrubar a distinção entre direito e regulação [...].

Teorias normativas que vieram posteriormente, como o pluralismo jurídico global de Berman (2012), podem ser vistas como uma espécie de resposta a essa crítica, que parecia bastante razoável em seu contexto temporal. Se tudo o que o pluralismo jurídico pode fazer é observar interações complexas e dar nomes genéricos a elas, a literatura sobre governança e regulação de fato pode cumprir o seu papel de forma mais eficiente, sem escorregar na problemática da distinção entre direito e não direito. Já apontamos isso anteriormente; a novidade aqui se dá quando percebemos que propostas como a de Berman (2012) responderam à espécie de “chamado crítico” que a passagem deixa implícito sem necessariamente recuperarem uma distinção visível entre direito e regulação, hábito que Koskenniemi (2005) recrimina. Antes de buscar uma possível justificativa para esse movimento, cumpre compreender com mais detalhes a crítica aqui estabelecida. Nesse sentido, a formulação encontrada em Klaus Gunther (2008, p. 15-16) deixa mais explícito o problema:

Quando a distinção entre direito e outras normas sociais desaparece, quando cada ator social que cria normas sociais e que detém o poder de executá-las é tratado como um legislador, quando a validade do direito positivo anda lado a lado com outros tipos de validade legítima (aceitação factual por parte de uma maioria, por exemplo) e, finalmente, quando processos de negociação entre vários atores sociais tornam o direito válido – então não faz mais sentido falar no “direito”, sendo necessário abandonar os princípios da igualdade na adjudicação e da legitimidade democrática da legislação.

Complementando essa passagem, Jean Cohen (2012, p. 64) afirma:

Em outras palavras, a integridade e o caráter distinto do meio jurídico como uma instituição e não apenas como um veículo para coordenar e administrar – e seus princípios internos de *rule of law* (imparcialidade, igualdade perante a lei, equidade, justiça legal) – são perdidos com esse movimento. Na verdade, a perda da distinção entre direito/não direito leva ao questionamento sobre que papel o “jurídico” interpreta no discurso jurídico pluralista.

As três citações apresentam uma preocupação em comum: se tudo potencialmente é direito, então não faz sentido articular uma crítica normativa aos fenômenos regulatórios transnacionais com base no direito. Acontece que, como as duas passagens finais evidenciam, esse argumento pressupõe uma identificação com determinado modelo ou conjunto de atributos jurídicos. Em Gunther (2008), o direito está relacionado à “legitimidade democrática da legislação”, enquanto Cohen (2012) aponta para os “princípios internos do *rule of law*”. Bem, é evidente que o que está em jogo para ambos são as formas jurídicas racionais ocidentais. Ainda que de forma implícita, ambos estão dizendo que essas formas constituem os atributos mais importantes a serem reputados à ideia de direito, ainda que porventura não venham a representar tudo o que pode ser pensado como jurídico. Assim, a “integridade e o caráter distinto do meio jurídico como uma instituição” estariam sendo supostamente ameaçados pelo raciocínio pluralista. Contudo, além de comportar uma certa caricatura do pluralismo jurídico como a defesa de uma panaceia geral sobre o direito, essa atitude potencialmente exclui da esfera do direito muitos dos fenômenos regulatórios transnacionais apenas por não comportarem um grau suficientemente elevado de semelhanças com as formas jurídicas tradicionais.

No intuito de manter a distinção direito/não direito de maneira tênue, mas mais identificável e robusta do que pretendem as teorias pluralistas, Gunther (2008, p. 16) recorreu à ideia de “código universal de legalidade”, uma metalinguagem que seria formada por “conceitos jurídicos básicos e regras, como o conceito de direitos e de procedimentos justos, e os conceitos de sanção e competência”. Sabendo da dificuldade empírica e teórica de se defender um conceito uniforme de direito contra as versões mais radicais do pluralismo jurídico, Gunther (2008, p. 20) sugere então essa espécie de meio-termo: se não há um conceito compartilhado por todas as manifestações normativas que falam em nome do direito, existe ao menos um código – mesmo que por vezes vago e indeterminado – amplamente aceito por elas. Assim, conflitos seriam verdadeiramente jurídicos somente na medida em que implicam o compartilhamento deste código universal de legalidade, que seria o meio inescapável de qualquer negociação sobre os pressupostos do direito (GUNTHER, 2008, p. 18-19).

A ideia do código, de forte inspiração habermasiana, pressupõe um vínculo entre o conceito de direito e as aspirações por legitimidade democrática, mesmo sabendo-se da dificuldade de transpor conceitos relacionados ao ideal da democracia, estatalmente

concebido, para o cenário global.⁷⁰ Por ora, cumpre notar que Gunther (2008, p. 17) enxerga a existência do código, que “contém as diferentes tradições jurídicas do mundo ocidental, os sistemas romano e da *common law*”, como uma forte contestação ao pluralismo jurídico, que trabalha com a “ficção de que existem sistemas sociais normativos completamente desconectados do código moderno de legalidade”. É como se Gunther considerasse que podem existir diferentes normatividades no mundo, mas que “direito” remete efetivamente às tradições produzidas pelo ocidente que foram sendo “sedimentadas” em outros lugares.⁷¹

Compilados de situações de pluralismo efetivo ao longo da história como o oferecido por Tamanaha (2021) parecem suficientes para refutar essa ideia no plano empírico. Já no plano teórico, a ideia de um código universal de legalidade parece querer universalizar a própria base de entendimento sobre o que é direito – o que da perspectiva jurídica não essencialista de Tamanaha significa, em última instância, querer determinar as condições prévias da linguagem. Se entendemos que o direito é um conceito cultural, completamente mutável e que assume uma multiplicidade de formas e mesmo de variantes dentro de cada tipo de direito (estatal, canônico, supraestatal etc.), então o código pretendido por Gunther (2008) só mantém aderência enquanto “legalidade” significar a tradição ocidental do *rule of law* e nada mais. De fato, não há nenhum empecilho em assumir uma posição em direção à universalização do direito baseado na tradição jurídica do *rule of law*. Mas podemos nos perguntar também se esse é um movimento necessário e, em termos pragmáticos, útil para responder aos problemas de legitimidade existentes no espaço transnacional. Um código como esse parece pressupor a exclusão ou no mínimo a “tradução” de outras normatividades, como as de grupos indígenas.

De uma outra perspectiva, a analítica, Michael Giudice (2014, p. 601) parece sustentar uma posição parecida com a de Gunther ao pressupor que a mera existência de um conflito normativo revelaria características comuns às formas jurídicas em questão na medida em que ele “só é possível se os dois tipos de direito [em conflito] já assemelham em alguma medida ao tentarem fazer a mesma coisa ou ocupar o mesmo espaço social. De que outra forma saberíamos então que existe um conflito?”. Não nos parece, diante da diversidade possível de

⁷⁰ Discutiremos em mais detalhes propostas de democracia no plano transnacional no próximo capítulo.

⁷¹ Sobre a problemática naturalização desse processo, alerta Duve (2015, p. 404): “Hoje a teoria jurídica está debatendo intensamente sobre a existência de um ‘código universal de legalidade’ (K. Günther), sobre ‘níveis de direito’ formados historicamente, sobre processos de sedimentação em um mundo jurídico multinivelado. Mas essas visões acerca das precondições da emergência de um ‘direito global’ são convincentes? Podemos falar de processos de ‘sedimentação’? Que ideias de comunicação histórica sobre o direito são pressupostas por esses modelos? – se confinarmos o nosso trabalho à história do direito no continente, e não entrarmos na reconstrução dos processos de comunicação global acerca da normatividade, não poderemos participar desses discursos.”

manifestações jurídicas, conforme demonstrada por uma variada gama de autores, de Cover (1983) a Tamanaha (2021), que o fato de se referir a um mesmo espaço ou objeto faz com que dois tipos de direito necessariamente se assemelhem um ao outro. E o que é mais importante: não parece necessário afirmar qualquer semelhança para que possamos sugerir uma “mediação” a ser feita por uma tradição jurídica como o *rule of law* ou qualquer outra. Gunther (2008) e Giudice (2014) parecem empreender um projeto de “reconstrução racional” à maneira de Habermas (2007) que no entanto, além de se assentar sobre bases empíricas frágeis, não parece ser capaz de embasar o tipo de teoria crítica ou normativa que poderia se esperar de um projeto desse tipo. No âmbito do debate teórico sobre direito global/transnacional, por exemplo, resta ausente uma crítica fundamental que atente para os problemas da fragmentação e da dificuldade de comunicação entre diferentes normatividades:

O código universal de legalidade parece oferecer uma orientação em reação à legalidade da comunicação global fragmentada. Mas o que ele não aborda, no entanto, é uma solução para o problema da interrupção da sistematicidade jurídica provocado pela fragmentação. Gunther aceita que, de uma perspectiva interna, quem opera o direito deve tratar o material sob uma hipótese de coerência, mas não sugere regras de conflitos para além de um padrão normativo mínimo de legalidade. (ROTH-ISIGKEIT, 2018, p. 92).

Em suma, propostas como as de um código universal de legalidade sublinham o fato de que correntes mais contemporâneas do pluralismo jurídico não resolvem o problema da definição do direito ao ignorá-lo. Assim, a crítica se mostra correta ao apontar que a perda da distinção direito/não direito enfraquece o que há de “jurídico” no pluralismo jurídico – esse é um ponto, aliás, em que o pluralismo jurídico pode ser considerado como vulnerável de uma forma que nossa saída via “significado jurídico” não é. Mas mesmo nesse caso a crítica não é tão original ou ameaçadora para parte da teoria pluralista. Como vimos anteriormente, foi justamente por não conseguir respondê-la que Griffiths (2006) se viu instado a abandonar a expressão e que Tamanaha (2021) lançou mão da concepção de pluralismo jurídico *folk* diante dos sucessivos fracassos do que chama de pluralismo jurídico abstrato. De fato, não parece haver uma forma muito efetiva de circunscrever teoricamente o “jurídico” do pluralismo, e não parece viável simplesmente dizer que tudo é direito como forma de preservar a expressão.

Mas a alternativa de um código universal de legalidade, como vimos, não soa satisfatória tanto descritiva quando normativamente. O equívoco que parece acometer visões como as de Gunther (2008) e Cohen (2012) é imaginar que a solução para o dilema pluralista se encontra na demarcação de uma fronteira mais visível e robusta entre direito e não direito, seja a partir da aplicação de uma tradição jurídica específica como o *rule of law*, seja por

algum outro meio. Na verdade, qualquer que venha a ser a força normativa do direito, ela não depende fundamentalmente do rigor ou da precisão com que se distingue direito e não direito.⁷² Não é a presença de um critério forte para definir direito que facilitaria, por exemplo, a administração de conflitos normativos. Ao contrário, a definição de um critério muito robusto pode por vezes facilitar a ação de participantes com interesses hegemônicos capazes de controlar o que deve ser visto como direito, excluindo perspectivas que não se enquadrem completamente em seus termos – no caso de uma metalinguagem baseada no direito ocidental moderno, toda perspectiva que não compartilhe de seus pressupostos corre esse risco.

De outra parte, se os esforços de Gunther (2008) para sustentar a existência de uma metalinguagem jurídica fossem bem sucedidos, não fica claro como deveríamos proceder diante dessa conclusão. É possível aprender alguma coisa somente apontando-se para algo que, no fim das contas, já se encontra implícito nas práticas jurídicas? Talvez seja, mas então Gunther (2008) não leva adiante qualquer projeto de reconstrução das bases da comunicação jurídica; curiosamente, quem fez isso foi um pluralista jurídico como Berman (2012), ao mapear normas, procedimentos e práticas de comunicação entre diferentes normatividades. Não à toa, o próprio Gunther (2020, p. 90-91) parece ter reconhecido isso posteriormente:

Schiff Berman preparou uma espécie de lista de normas, procedimentos, atitudes e capacidades que se propõem a uma administração bem sucedida [do pluralismo jurídico]. Mecanismos procedimentais, instituições e práticas devem trazer os envolvidos em conflitos normativos e colisões para um “espaço social compartilhado” que facilitaria a administração de conflitos sem resolvê-los de forma substantiva. O que é exigido, em primeiro lugar, é a capacidade e o preparo “para tomar parte em conjunto comum de formas discursivas”, isto é, em formas que permitem uma troca de comunicações entre os envolvidos, o que significa troca de justificativas e competição pelas melhores.

Cumprir destacar que o que se propõe aqui é a assunção de “formas discursivas”, para as quais se exige “capacidade” e “preparo”. Isto é muito diferente de dizer que existe um código universal de legalidade que é posto em prática pelos agentes sempre que há um conflito jurídico. O que se dá, na verdade, é um reconhecimento progressivo de valores e princípios dispostos a guiar a decisão do conflito, que não necessariamente é pressuposto pelos participantes quando eles entram em debate, mas que pode ser alvo de um

⁷² Nesse sentido, ao tratar do contexto dos meta-reguladores privados que descreveremos no terceiro capítulo, Cafaggi (2015, p. 12) oferece uma importante objeção a esse raciocínio de um ponto de vista empírico: “O grau de rigidez das regras não se correlaciona necessariamente de forma positiva com a efetividade da meta-regulação. Cada esquema meta-regulatório, incluindo aqueles que se baseiam principalmente em recomendações e em regras privadas *soft*, tem se mostrado efetivo em relação aos objetivos perseguidos. Claramente, não há uma receita única para a meta-regulação privada.”

reconhecimento comum, dando margem à formação de um espaço social e simbólico minimamente compartilhado. Prosseguindo nesse raciocínio, Gunther (2020, p. 94) sugere que esta atitude demandaria o pertencimento simultâneo dos agentes jurídicos globais a “ao menos duas ordens normativas”: a formada pelas suas comunidades de pertencimento e aquela que seria constituída pelo espaço simbólico compartilhado. Nos parece controversa a ideia de chamar esse espaço de uma “ordem normativa” própria e distinta em relação às aquelas mobilizadas no conflito⁷³, mas essa ideia certamente representa um avanço quando confrontada com concepção anterior defendida pelo autor de que existiria um código universal de legalidade.

Diante do exposto, vemos que a relativização da distinção direito/não direito proposta pelas teorias pluralistas em nada refuta, por exemplo, propostas que defendem que as virtudes do *rule of law* façam dele um modelo ou uma tradição jurídica universalizável. O pluralismo jurídico global de Berman (2012) é o maior testemunho disso. A explicação para isso reside no fato de que pluralistas como Berman não veem um ou outro modelo jurídico como o representante “legítimo” da ideia de direito, mas eventualmente apenas como um modelo eventualmente mais adequado para o tipo de problema a ser enfrentado, dependendo do contexto.

Uma última questão permanece, porém, no plano descritivo mais geral. Se significado jurídico for uma boa chave de leitura para a questão da distinção direito/não direito, ainda se faz necessária a utilização de um termo para se referir ao coletivo de práticas jurídicas ou potencialmente jurídicas em diferentes contextos, do local ao transnacional. Em suma, precisamos de um termo que funcione de maneira análoga à expressão “pluralismo jurídico”. Como vimos, esse termo historicamente se debate, sem nenhuma solução aparente, com o dilema da distinção entre direito/não direito. Mas esse não deveria ser um motivo para descartá-lo pois, seguindo nosso raciocínio, essa não é uma distinção que possa ser estabelecida de forma objetiva. O pluralismo jurídico *folk* de Tamanaha (2021) poderia, afinal, superar esse obstáculo e representar a manutenção do termo.

Existe, contudo, outra circunstância que enfraquece a noção de pluralismo jurídico. Nem sempre o pluralismo que está em jogo é propriamente relativo a normas, sejam elas lidas como jurídicas ou não. A pluralidade também pode estar relacionada a práticas e, em sentido mais amplo, ao ambiente cultural em que elas se situam – sem que isso necessariamente se reflita na formulação de normas. Ou seja, para a definição dos contornos do fenômeno

⁷³ Uma abordagem mais convidativa sobre esse ponto, e que detalharemos a seguir, parece ser a de “legalidades emaranhadas” proposta por Krisch (2022).

jurídico podem interessar não apenas as regras, costumes, comandos ou mandamentos de todo o tipo, mas também as práticas pelas quais os agentes vivenciam, contestam, internalizam ou modificam quaisquer enunciados normativos.

Nesse sentido, uma possível alternativa é representada pelo emprego do termo “multinormatividade”, conforme vem sendo proposto por autores como Duve (2015) e Rodriguez (2019). Esse termo sugere ver as instâncias constituídas como “direito” com um dentre diferentes modos possíveis de normatividade que impactam a vida social dos indivíduos, assim como preceitos religiosos, costumes e outras normas de comportamento em geral. Essa parece uma ferramenta conceitual especialmente adequada para se referir a situações em que não fica evidente a presença de dois ou mais tipos ou fontes de “direito”, mas de normatividades passíveis de um olhar que as identifique ou não como contendo um significado jurídico. Como afirma Duve (2015, p. 408),

[...] é bastante inútil comparar tradições jurídicas tomando os conceitos de nosso próprio passado e aplicando-os a outras áreas, levando-nos à conclusão de que o mundo lá fora é diferente. Precisamos de conceitos analíticos “transculturais” de normatividade. A “multinormatividade” pode servir como termo apropriado para essas tentativas de compreensão do direito no ambiente de outros modos de normatividade não estruturada pela nossa ideia de direito.

Em Rodriguez (2019, p. 342-343), conforme veremos a seguir, a multinormatividade também assume uma conotação normativa, com a ideia de uma “democracia multinormativa” que aponta para “um amplo programa de pesquisa que demanda uma revisão profunda no modo de refletir sobre o direito” que passa especialmente por três tipos de investigações: uma ciência do direito pensada para além da hermenêutica, que situe o direito como um espaço democrático de decisão; um estudo sobre as normatividades estatais e não estatais em conflito; e o estabelecimento de “critérios para avaliar a formação de novas ordens normativas institucionalizadas, tendo em vista sua capacidade de ampliar ou diminuir a autonomia de homens e mulheres”.

Estabelecida nossa posição baseada nas concepções de significado jurídico e multinormatividade, cumpre finalmente situá-la dentro de um quadro mais geral de teoria do direito. Para tanto, nos parece útil retomar uma classificação teórica tripartite proposta por Fabra-Zamora (2021), que se orienta a partir das respostas possíveis a três perguntas fundamentais. A primeira questão versa sobre a possibilidade de encontrar aspectos comuns ou gerais a todas as manifestações de direito. A segunda se refere à existência de uma distinção robusta entre fenômenos jurídicos e não jurídicos. Já o terceiro ponto questiona a centralidade da noção de normas para identificar e explicar o que é direito. Cada uma das

questões comporta uma resposta afirmativa e outra negativa, de modo a configurar o seguinte quadro explicativo:

Figura 1 – Posições de teoria do direito

	Posição afirmativa	Posição negativa ou cética
Aspectos comuns ou gerais a todas as manifestações jurídicas	Teorias do direito unificado	Teorias do direito fragmentado
Distinção entre fenômenos jurídicos e não jurídicos	“Distintivistas”	Não “distintivistas”
Centralidade das normas	Teorias centradas em normas	Teorias não centradas em normas

Fonte: elaborada pelo autor, com base em Fabra-Zamora (2021).

Nossa posição é negativa ou cética em relação aos três pontos. Assim como Twining (2009) e Tamanaha (2018), não acreditamos ser possível identificar uma natureza ou núcleo comum a todas as manifestações jurídicas. Para fazer jus à pluralidade existente, talvez seja possível falar apenas em “modelos” de direito (que interagem com outros modelos e com fenômenos não classificados pelos próprios agentes enquanto modelos de direito) e não em um ou mais “conceitos” de direito – na esteira do que Twining (2020) tem proposto como tarefa da teoria geral do direito (*general jurisprudence*), isto é, mapear interações e identificar modelos de direito (estatal, internacional, transnacional, canônico etc.) sem pressupor que eles sejam imutáveis ou circunscritos a determinados aspectos ou funções.

Em relação à distinção entre direito e não direito, nossa discussão trouxe à tona a noção de significado jurídico como forma de atentar para o fato de que tal distinção parece sempre depender de um olhar interessado, não existindo *per se*. Sugerimos assim pensar o direito enquanto campo de estudos e práticas que investiga fenômenos normativos e que não abre mão de identificar diferentes modelos e padrões jurídicos (inclusive aqueles considerados melhores ou piores, de um ponto de vista normativo) aqui e ali, mas que evita uma conceituação precisa sobre aquilo que é ou o que não é direito porque reconhece o risco de deixar algum elemento relevante indevidamente de fora, da mesma forma que a teoria do direito estatalista fez durante muito tempo.

Finalmente, em relação ao terceiro ponto, ressaltamos com a noção aproximativa de multinormatividade que nem sempre o que está em jogo é uma pluralidade de normas propriamente ditas e, mesmo quando este for o caso, não são apenas as normas que influenciam o comportamento dos agentes. Essa observação é latente na prática de muitas instâncias do direito “global” ou “transnacional”, como as autoridades públicas transnacionais. Normas podem sim desempenhar um papel importante, mas há benefícios em se olhar os fenômenos, de um ponto de vista jurídico, para além delas:

Ver o direito como baseado na prática torna possível incluir elementos do direito que são menos facilmente formuláveis enquanto normas, como os costumes. Enquanto uma perspectiva que parte das práticas pode facilmente incluir normas, incluindo-as de uma forma flexível e variável, o contrário não é verdadeiro. Começar a partir das normas reduz as práticas a formas de fazer coisas com as normas, excluindo as dimensões práticas que não podem ser sempre compreendidas como baseadas em normas, como as interações entre atores. (TAEKEMA, 2022 p. 518).

Com isso queremos dizer que a existência de normas não exerce necessariamente um papel central em uma definição do que pode ou não pode ser considerado como direito. Existem manifestações jurídicas onde as práticas serão tão ou mais importante do que as normas (existem aliás perspectivas teóricas que pensaram isso em relação ao próprio direito estatal, como o realismo jurídico norte-americano). Isso não quer dizer que determinados regimes ou sistemas jurídicos não possam conceder às normas um lugar central em seu funcionamento – muitos, talvez a maioria, o fazem.

Na sequência da tese iremos desdobrar algumas das consequências dessa posição teórica para a abordagem jurídica crítica que pretendemos defender. Mas cabe antecipar que, segundo nossa leitura, é possível sustentar uma posição que reconheça a pluralidade existente de direitos, normas sociais, práticas e culturas (que o termo multinormatividade procura abarcar) mas que ao mesmo tempo não desvalorize o direito como discurso e prática que se utiliza de ferramentas conceituais forjadas em contextos sócio-históricos específicos, como é o caso do ideário do *rule of law* consagrado pelo direito ocidental. Projetos normativos como o de Berman (2012; 2018) reconhecem isso, ainda que críticas como a de Tamanaha (2021) estejam corretas em apontar a fragilidade do raciocínio quando este se encontra envolvido pela noção de pluralismo jurídico.

Talvez o erro de Berman, insuficiente para descartar o mérito de sua proposta, resida em conclamar a adoção de regras e processos “em nome do pluralismo”. Talvez não seja mais apenas a defesa da pluralidade que está em jogo aqui; o que se está assumindo é uma visão

normativa baseada em algum conceito ou ideia. A defesa da pluralidade até pode fazer parte dessa justificativa, mas da forma como é articulada já pressupõe um certo diagnóstico embebido em determinada tradição de pensamento sociojurídico – no caso de Berman (2019), os valores liberais que ele faz questão de não esconder. Em nossa perspectiva crítica, o conceito que nos guia é o de emancipação.

Em suma, no contexto regulatório transnacional, ainda que se admita que nem tudo (ou que pouco) seja direito, pode sim haver um ganho em se falar em direito: é possível recuperar, para fins de desenho institucional por exemplo, certos elementos que foram historicamente importantes para a configuração de certas estruturas autoproclamadas como jurídicas – ainda que não se possa falar que elas sejam universais ou essenciais ao direito. Essa visão afasta o estigma de que visões jurídicas baseadas no pensamento pluralista desvalorizam ou simplesmente não se importam com o direito como um “fórum de comunicação através da diferença”, como diria Berman (2018, p. 177). Por mais que pluralismo jurídico, conforme argumentamos, não nos pareça hoje a expressão ideal para descrever de modo acurado as dinâmicas regulatórias transnacionais que interessam enquanto “direito” a participantes, tomadores de decisão ou juristas de modo geral, uma visão como a nossa só é possível de ser pensada partindo-se da contestação dos pressupostos da teoria do direito que há décadas vem sendo feita pelas diferentes vertentes pluralistas.

2.5 O status contemporâneo do direito internacional

Até o presente momento, procuramos restringir nossa discussão – o quanto possível – a aspectos pertinentes à teoria do direito. Contudo, um trabalho disposto a abordar o tema das regulações transnacionais acaba necessariamente chegando a um ponto em que o entrecruzamento entre disciplinas se torna inevitável. Em nosso caso, isso evidencia-se desde o início pelo fato de que a noção de autoridades públicas transnacionais empregada no título da tese não é propriamente jurídica, mas deriva de uma abordagem em parte das relações internacionais e em parte da ciência política. A complementaridade de perspectivas enraizadas em diferentes áreas, mais do que produtiva, é necessária para a compreensão do tema em toda sua complexidade, algo que a literatura sobre direito global/transnacional tem buscado reiteradamente nos últimos anos:

Com a globalização atuando no pano de fundo como o grande evento transformador, juristas começaram a buscar, há algum tempo, apoio de outras disciplinas na busca por analogias e ferramentas úteis ou mesmo categorias e vocabulários para

compreender as transformações na constituição do direito em um contexto global. Como resultado, a literatura atualmente envolvida em estudar o ‘direito transnacional’ tem buscado a ciência política e a sociologia como forma de desenvolver uma base empírica e conceitual mais adequada para os fenômenos de privatização e espacialização do direito em cena. (ZUMBANSEN, 2020, p. 27)

Mas essa interação não se dá, por outro lado, sem que sejam produzidos alguns ruídos. Mesmo deixando para trás alguns pressupostos que a teoria do direito costuma carregar, nem sempre é tarefa fácil aliar seus conceitos às observações feitas em outros campos do conhecimento. Como ficará mais evidente no próximo capítulo, percebe-se também um certo embaralhamento de noções comuns a diferentes campos, como autoridade, legalidade, legitimidade e democracia. Em virtude disso, torna-se imperioso elucidar algumas definições prévias que sustentarão nossa discussão nas próximas páginas.

Nesse sentido, há uma subárea jurídica que oferece um campo privilegiado de estudo que ao mesmo tempo suscitou historicamente algumas reconsiderações por parte da teoria do direito e que também se aproxima de outras disciplinas, sobretudo as relações internacionais, em virtude de seu objeto de estudo: o direito internacional. Quando pensamos nos fenômenos regulatórios que ultrapassam as fronteiras dos Estados, o direito internacional aparece como o lugar mais óbvio para pensá-los em razão das estruturas, normas e interações que este em larga medida já consolidou em diversos campos, como a proteção dos direitos humanos. Não à toa, como vimos anteriormente, algumas concepções de direito global/transnacional chegam a incluir o próprio direito internacional em suas análises.

Não temos aqui a pretensão de mobilizar parte significativa da imensa bibliografia que trata sobre as bases do pensamento internacionalista ou sobre as mutações que a disciplina sofreu ao longo dos anos. Mas não podemos nos furtar de mencionar os aspectos gerais da definição de direito internacional que adotamos nesta tese. Para tanto, cumpre retratar brevemente a forma como essa disciplina vê as relações entre suas formas mais clássicas (direito internacional como as relações entre Estados) e a intensificação dos processos de transnacionalização e privatização de diferentes setores regulatórios a que expressões como direito global e transnacional costumam se referir.

O direito internacional, como se sabe, surge da necessidade de lidar com assuntos que transcendem as fronteiras do Estado, a começar por questões de paz e guerra entre os Estados.⁷⁴ Seu primeiro grande marco histórico se dá com a celebração da Paz de Westfália (1648), acordo histórico que pela primeira vez incorporou a um instrumento jurídico noções

⁷⁴ Esse é o aspecto central da obra *De jure belli ac pacis* (1625) de Hugo Grotius, considerando por muitos como um dos “pais” do direito internacional, ao lado de Francisco de Vitória e Alberico Gentili.

como soberania, territorialidade e igualdade formal entre os Estados no plano internacional (ou, mais precisamente, europeu). A partir desse momento, a intensificação das relações transfronteiriças entre Estados e indivíduos em diversos setores da vida social foi progressivamente forjando uma cultura intelectual e política disposta a debater a necessidade e os fundamentos de uma ordem ou sistema internacional – cultura cujo centro simbólico talvez resida na formulação da “paz perpétua” elaborada por Kant. Enquanto área do conhecimento e da prática institucional, contudo, pode-se dizer que o direito internacional não possui mais do que dois séculos de história:

O direito internacional e suas instituições são o produto de um *ethos* profissional que desde o final do século XIX procurou explicar como um agregado aparentemente “anárquico” de entes reconhecidos como soberanos poderia ser unido como “ordem” em algum nível mais profundo de existência, seja por um princípio filosófico ou por uma generalização sociológica. (KOSKENNIEMI; LEINO, 2002, p. 556)

Em um primeiro momento, as formas clássicas do direito internacional, inspiradas por princípios filosóficos e humanistas, ofereceram uma resposta sociológica à problemática do estabelecimento dessa “ordem”, o que pressupõe a constituição de autoridades dispostas a interferir na soberania estatal em áreas ou problemas que ultrapassam fronteiras nacionais – ou, no mínimo, estabelecer instrumentos de mediação de interesses. Nessa lógica, tais autoridades e instrumentos se baseariam em relações consensuais assumidas pelas nações envolvidas, seja pela adoção de hábitos ou pela celebração de tratados. Segundo essa visão, os Estados estabelecem instrumentos legais semelhantes aos contratos toda vez que necessitam resolver disputas entre si ou delegar funções a organismos internacionais.

Mas esse “paradigma contratual” (VENZKE; MENDES, 2018), que durante muito tempo explicou o espaço jurídico das relações internacionais, hoje não dá conta de descrever como a totalidade do espaço regulatório internacional funciona. A intensificação das relações socioeconômicas entre Estados, a especialização de organismos transnacionais e o aumento da participação de atores empresariais e da sociedade civil nas tomadas de decisão são alguns dos fatores que tornaram a noção de consenso entre Estados incapaz de explicar como boa parte das regulações internacionais passou a operar nas últimas décadas. Emerge nesse cenário a noção de “governança global” que aponta, como veremos em detalhes no próximo capítulo, para o fato de que diversas autoridades públicas e privadas passaram a se encarregar da defesa de diversos bens comuns como saúde, meio ambiente e trocas comerciais. O direito internacional ganhou assim a companhia de uma série de atores e instituições públicos e

privados que organizaram regimes próprios sobre diversos assuntos – basicamente o tipo de fenômeno que termos como direito global ou transnacional procuram captar.

A ideia de que o direito internacional seria o motor ou supervisor geral de todos os desenvolvimentos regulatórios para além das fronteiras nacionais se viu fortemente confrontada pela realidade empírica nas últimas décadas. Sem ignorar os êxitos alcançados pelo direito internacional moderno desde o estabelecimento de suas bases no período pós-Segunda Guerra, é patente que seus instrumentos jurídicos e instituições não dão conta de coordenar completamente o enorme volume de regulações públicas e privadas que foi se formando no espaço transnacional. Ao mesmo tempo em que se assistiu uma progressiva consolidação das formas clássicas do direito internacional (tratados, acordos bilaterais, normas *jus cogens*) em diversas áreas (direitos humanos, meio ambiente, acordos de investimento, tarifas de mercado globais etc.), isso esteve longe de significar uma “constitucionalização” de uma “sociedade mundial” sob um conjunto de regras e instituições coordenadas.⁷⁵ Algo semelhante a isso aconteceu, quando muito, em relação aos direitos humanos e ao direito internacional penal, como afirma Gunther (2020, p. 87). De resto, restou como exemplo razoavelmente bem sucedido de integração mais ampla, no máximo, o arranjo supranacional da União Europeia – com todos os percalços que acompanham seu desenvolvimento enquanto ordem jurídica ou pretensamente constitucional unificada.

Além de não ignorar as novas dinâmicas trazidas pelos ditos fenômenos globalizantes, a literatura internacionalista há algum tempo já identificara uma tendência de pluralização de fontes dentro do próprio direito internacional, em parte provocada pela emergência de novos atores não estatais no cenário global⁷⁶, em parte justificada pela multiplicação de áreas e problemas que exigem um olhar transfronteiriço. Ou seja, os processos de globalização das últimas décadas parecem ter acelerado uma fragmentação que já se encontrava em curso no direito internacional desde o momento em que ele passou por processos de especialização, formando diferentes organismos ou redes regulatórias para cuidar das múltiplas áreas de interesse transnacional. Koskenniemi (2006, p. 244-245) descreve algumas das formas pelas quais redes setoriais especializadas foram emergindo:

[...] as redes [especializadas] tendem a desenvolver suas próprias regras ou sistemas de regras. Por vezes isso acontece informalmente, por meio da adoção de formas de comportamento ou soluções padronizadas por parte de atores principais que criam expectativas ou são copiadas pelos demais. Às vezes a coordenação é alcançada por

⁷⁵ Contudo, conforme veremos no próximo capítulo, isso não impediu a utilização de termos como “constitucionalização” para se referir aos desenvolvimentos existentes ou pretendidos do direito internacional.

⁷⁶ A respeito da relação das ONGs com o direito internacional, por exemplo, ver Charnovitz (2006).

meio da harmonização de leis e regulações nacionais ou regionais, como a crescente padronização de formas contratuais e regras de responsabilização, por exemplo. Mas frequentemente as regras ou sistemas de regras especializados também emergem por meio da cooperação intergovernamental e, em particular, com a assistência de organizações intergovernamentais (especializadas). O resultado é a emergência de regimes de direito internacional que tem suas bases em tratados multilaterais e atos das organizações internacionais, tratados especializados e padrões habituais que são confeccionados de acordo com as necessidades e interesses de cada rede, mas que raramente levam em conta o mundo exterior.

Por um lado, a especialização parece contribuir para uma maior efetividade do direito internacional; por outro, parece tornar ainda mais inalcançável uma relativa coerência de suas regras e possivelmente enfraquece seu papel de coordenação geral. Esse último fator explica o que Koskenniemi e Leino (2002) chamaram de “inquietações pós-modernas”: sobretudo entre praticantes do direito internacional, enxerga-se a pluralização descoordenada como possível ameaça à integridade e efetividade do direito internacional⁷⁷, levando a conflitos entre instituições internacionais a respeito da questão sobre quem tem autoridade para decidir determinados casos.⁷⁸ Essa preocupação, que também pode ser lida no trabalho teórico de Habermas, “é a de que a diferenciação funcional levará a crises tanto do direito como da legitimação, uma vez que organizações internacionais correntes se estabelecem em diferentes funções sem uma fonte clara de autoridade em um mundo fragmentado” (GRAY, 2020, p. 252). Koskenniemi (2006, p. 248), no entanto, rechaça as preocupações acerca da fragmentação enquanto ameaça a uma coerência tida como supostamente fundamental para o funcionamento do direito internacional:

A fragmentação põe em questão a coerência do direito internacional. A coerência é valorizada de forma positiva em razão de sua conexão com a predictabilidade e a segurança jurídica. Além disso, apenas um sistema jurídico coerente trata os sujeitos jurídicos de forma igual. A coerência, no entanto, é uma virtude formal e abstrata. Para um sistema jurídico que é visto em alguns aspectos como injusto ou impraticável, nenhum valor adicional é trazido pelo fato de ele ser coerente. Portanto, além da coerência, o pluralismo deveria ser entendido como um valor constitutivo do sistema.

Opinião semelhante é expressa por Burke-White (2004, p. 977), que há quase duas décadas estabelecia como prognóstico um sistema jurídico internacional pluralista, “nem totalmente fragmentado e nem completamente unitário”. Um pluralismo não apenas de

⁷⁷ Koskenniemi e Leino (2002) citam numerosas manifestações de presidentes da Corte Internacional de Justiça preocupados com a possível ameaça representada pela proliferação de tribunais e instâncias decisórias análogas no espaço transnacional.

⁷⁸ Para Gray (2020, p. 256-257), no entanto, os casos citados para demonstrar a problemática da fragmentação do direito internacional são relativamente poucos e insuficientes para despertar uma preocupação acentuada. Eles são costumeiramente os mesmos: *Mox Plant*, Atividades militares e paramilitares na Nicarágua, caso Tadic e *Beef Hormones*.

regimes específicos e tribunais, mas também de interpretações sob as quais o direito e os tribunais domésticos incorporam os regramentos internacionais, conforme recorda Tamanaha (2021, p. 155). Na ausência de um sistema centralizado com instâncias claramente definidas como superiores e com papel de coordenação geral, o sistema jurídico internacional de fato se aproxima mais das imagens que a tradição do pluralismo jurídico costuma evocar do que do “centralismo jurídico” propalado pelas teorias do direito mais estatistas.⁷⁹

O perigo desse cenário, na visão de Koskeniemi (2005, p. 21), não é representado pela simples evidência empírica da multiplicidade de regimes, mas pela possível “homogeneidade do panorama cultural e profissional de seus participantes” e pela ideia “de que as decisões seguem bases cognitivas ou técnicas que são portanto imunes à contestação política”. Para Koskeniemi e Leino (2002), o temor da fragmentação presente em manifestações de representantes de tribunais internacionais não se refere a uma preocupação com a perda de uma coerência abstrata do direito internacional, mas com possíveis deslocamentos no papel privilegiado que certas instituições, como a Corte Internacional de Justiça, julgam possuir. Em outras palavras, o risco aparece quando um cenário de “pluralidade” na verdade disfarça tentativas hegemônicas de controlar o direito, algo que vale tanto para o sistema jurídico internacional como para regimes como os formados pelas autoridades públicas transnacionais, conforme veremos adiante.

Além disso, vale ressaltar que a literatura não tem observado apenas fenômenos de fragmentação no direito internacional nos últimos anos, mas também muitos pontos de coordenação ou convergência. A narrativa de que o direito internacional se fragmentará indefinidamente a tal ponto que colocará em risco todo seu funcionamento não parece procedente à luz de alguns exemplos recentes (ANDENAS; BJORGE, 2015; PETERS, 2017; MEGGIDO, 2019). O que parece ter mudado são as condições pelas quais se pode considerar o direito internacional como efetivo em um cenário onde as instituições nunca estão sozinhas.⁸⁰

Mas considerando essa discussão, o que mais nos importa é destacar o fato de que o direito internacional não se afirma como um repositório de formas unanimemente celebradas como capazes de organizar as estruturas jurídicas de organismos que lidam com problemas potencialmente globais, como é o caso das autoridades públicas transnacionais. Aliás,

⁷⁹ No mesmo sentido, utilizando a expressão pluralismo “normativo” em vez de “jurídico”, ver Klabbers e Trommer (2013).

⁸⁰ “Para que o direito internacional seja um sistema jurídico efetivo, o sempre crescente número de instâncias que participam dele devem levar em conta umas às outras, abordando possíveis conflitos, incluindo aqueles que não podem ser resolvidos. Ao fazerem isso, elas contribuem para o desenvolvimento de princípios gerais e formas de hierarquias de normas e instituições.” (ANDENAS; BJORGE, 2015, p. 2-3).

aliviando o direito internacional das pressões de exercício de um controle total ou de uma coordenação geral das regulações transnacionais, podemos enxergá-lo como o que ele realmente é: “uma tradição sociojurídica específica que emergiu e se expandiu ao longo do tempo para lidar com assuntos entre e através dos Estados”, como afirma Tamanaha (2017, p. 151). Trata-se de uma tradição “composta por doutrinas, práticas e instituições que emergiram na Europa” e que posteriormente se espalhou pelo mundo, mas que jamais existiu enquanto sistema unificado e hierárquico (TAMANAHA, 2017, p. 191).

Mas da mesma forma como nossa discussão anterior contestou pressupostos teóricos baseados na ideia de que uma tradição jurídica específica (em que pese ser incrivelmente abrangente) como a do *rule of law* consolidado pelo Estado moderno representa o direito, mas sem que isso significasse desvalorizar suas conquistas, também não precisamos vislumbrar o direito internacional como a única fonte de direito aplicável para além do Estado para que reconheçamos nele um importante recurso para a construção jurídica de regulações transnacionais. Neste contexto, faz sentido questionarmos sobre qual seria o status do direito internacional à luz dos diferentes desenvolvimentos regulatórios contemporâneos. A resposta passa inicialmente pela constatação de que ele assumirá diferentes posições em diferentes contextos. Em alguns casos, como no regime dos direitos humanos, as normas seguem e provavelmente seguirão em um futuro próximo como a pedra fundamental, ainda que se multipliquem as instâncias internacionais e transnacionais que o utilizem. Mas a importância do direito internacional se dá, independentemente do contexto, principalmente em razão de sua legitimidade formal perante a sociedade internacional, como mostra Kumm (2004, p. 918):

O direito internacional é *prima facie* legítimo e merece o respeito dos cidadãos e cidadãs das democracias constitucionais liberais simplesmente em razão de ser o direito da comunidade internacional. O direito internacional serve para estabelecer uma moldura justa de cooperação entre atores do direito internacional em um ambiente em que haja profundos desacordos sobre a melhor forma de alcançá-la.

No entanto, longe de esgotar as condições de legitimidade no âmbito internacional, esse aspecto mais formal não raro representa apenas a base de sustentação para a criação de determinadas autoridades. Passado o momento da celebração de tratados que dá origem a alguma instituição, em pouco tempo o exercício de sua autoridade tende a não poder mais ser explicado simplesmente em função desse ato original, conforme explicam Venzke e Mendes (2018, p. 83):

Ainda que existam constrangimentos jurídicos e políticos sobre a autoridade pública de instituições supra ou internacionais, o poder dos Estados é limitado, pois uma vez que um tratado se estabelece, sua interpretação não está mais apenas nas mãos desses Estados [...] Especialmente por meio da prática interpretativa de instituições judiciais, o direito se desenvolve em uma dinâmica que não pode ser bem explicada como o mero preenchimento de lacunas de um contrato.

Nesse contexto outras formas de legitimidade serão requeridas, conforme veremos em mais detalhes no próximo capítulo. Por ora, cumpre notar apenas que não é por ser dotado da legitimidade formal mencionada por Kumm (2004) que o direito internacional e as autoridades nele baseadas diferem radicalmente do cenário das autoridades públicas transnacionais, cuja atuação definitivamente não pode ser explicada somente através do direito internacional. As dinâmicas regulatórias internacionais, mesmo em suas formas mais clássicas, se aproximam apenas vagamente das observáveis no direito doméstico, motivo pelo qual muitas das respostas aos desafios que o direito internacional enfrenta são úteis para pensar soluções também no âmbito dos fenômenos jurídicos transnacionais, a começar pela questão das fontes de direito.⁸¹

Isso quer dizer que não há nenhum empecilho aparente para que se defenda que regulações transnacionais incorporem cada vez mais o direito internacional, o que aliás já acontece na prática de muitas instâncias. Mas desde que se tenha em conta que ele não é uma espécie de direito “padrão” para todas as questões que transcendem fronteiras. Não se deve esquecer que ele foi criado e em boa parte desenvolvido em um cenário sócio-histórico relativamente específico, e ainda que possa ser alargado para compreender algo além das relações entre Estados (como acontece no próprio regime dos direitos humanos, por exemplo, em que a relação passa ser sistema internacional-indivíduo), não deve ser tomado como o único modelo possível para o cenário transnacional.

Dito isso, consideramos válidos alguns aportes teóricos sobre o direito internacional que podem representar importantes pontos de inflexão para se pensar o cenário mais amplo da governança global ou, no que mais especificamente nos interessa, o exercício de autoridade e as condições de legitimidade por parte de instâncias decisórias e regimes transnacionais. Apesar da grande influência exercida por teorias estabelecidas dentro do chamado “paradigma contratual” do direito internacional, existe uma grande variedade de abordagens sobre suas

⁸¹ Como forma de resolver o problema das fontes do direito internacional frequentemente se aponta para o rol do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: “Embora o artigo 38 não seja mais do que uma cláusula que diz respeito ao ‘direito aplicável’ sobre o qual a Corte Internacional de Justiça pode se debruçar e utilizar na resolução de casos, a tradição transformou-o em lista conveniente de fontes do direito, onde se destacam os costumes, os tratados e os princípios gerais de direito.” (BIANCHI, 2016, p. 24). Contudo, essa menção certamente não esgota o debate. Para uma visão geral sobre o tema, ver Thirlway (2019).

dinâmicas que vai além dos processos de formalização jurídica de compromissos firmados entre Estados.

É nesse âmbito que pode ser localizada a contribuição da chamada New Haven School e, sobretudo, dos trabalhos de Harold Koh. A questão central que guia o trabalho de Koh (1997) é bastante direta: “por que as nações obedecem ao direito internacional?”. Simplesmente “porque é direito” não se mostra como uma resposta viável. Não é preciso ser realista para perceber que nem sempre as regras determinam ou limitam o comportamento dos Estados, especialmente aqueles mais poderosos, no plano internacional. Mas, ao mesmo tempo, não se pode negar que instrumentos de legalidade exercem algum tipo de influência, de tal forma que não se pode falar em um sistema internacional completamente anárquico. Considerando a validade desses dois pontos de vista, e rechaçando as posições mais extremas do debate⁸², Koh (1996, p. 183-184) sugere que a internalização de regras internacionais por parte dos Estados pode ser mais bem explicada pelo conceito de “processo jurídico transnacional”, que

[...] descreve a teoria e a prática de como atores públicos e privados – Estados-nação, organizações internacionais, empresas multinacionais, ONGs e indivíduos privados – interagem em uma variedade de fóruns públicos e privados, domésticos e internacionais, para criar, interpretar, aplicar e, em última instância, internalizar regras de direito internacional.

Esse conceito apresenta, segundo Koh (1996, p. 184), quatro características principais que, combinadas, o distinguem das demais abordagens sobre o direito internacional. Ele é “não tradicional”, no sentido de quebrar as dicotomias público/privado e doméstico/internacional; é “não estatista”, pois inclui uma ampla gama de atores estatais ou não estatais; é “dinâmico” na medida em que se propõe a circular constantemente entre diferentes âmbitos; e, por fim, é “normativo”, pois permite explicar a emergência de novas regras jurídicas. Esses quatro fatores dão margem a uma explicação do direito internacional como um fenômeno complexo marcado por constantes interações, sempre à sombra de tentativas de contestação, que podem levar à uma internalização progressiva de suas regras.

Ou seja, os Estados não obedecem ao direito internacional por puro interesse ou por um sentimento de identidade, mas por um complexo processo em que atuam influências

⁸² Koh (1996, p. 192) considera haver quatro pressupostos contestáveis nas visões realistas das relações internacionais: 1. assuntos internacionais encontram-se em estado de anarquia; 2. os Estados são os principais atores; 3. os Estados agem de acordo com princípios racionais; 4. os interesses racionais dos Estados são representados pela manutenção de poder e segurança. Por outro lado, não acredita que uma abordagem liberal institucionalizada é plenamente capaz de explicar os processos de internalização das regras internacionais apenas ao apontar para a existência de instituições criadas de forma legítima.

políticas, econômicas e sociais, públicas e privadas, domésticas e internacionais (KOH, 1996, p. 199-205). Estas influências se baseiam na normatividade produzida pelas instâncias internacionais mas não se restringem a elas, podendo assumir a forma de uma pressão na esfera pública para que determinado Estado reconsidere, por exemplo, uma possível violação do direito internacional. Da mesma forma, podem estar relacionadas a uma reinterpretação das regras internacionais quando internalizadas por jurisdições domésticas, em um processo que Koh (1996, p. 186) denomina, na terminologia tomada de empréstimo de Cover (1983), como “jurisgenético”. Em suma, em vez de uma perspectiva formalista de aplicação das regras (*enforcement*), Koh sugere que a internalização normativa está ligada à noção mais sutil – mas nem por isso menos impactante – de conformidade (*compliance*). Essa é uma abordagem interessante para os nossos propósitos de estudo das dinâmicas transnacionais sobretudo porque permite uma abordagem interdisciplinar sem que o ferramental teórico jurídico tenha que ser deixado de lado (KOH, 1996, p. 207).

Outra abordagem potencialmente útil, também situada no que pode se considerar como um campo construtivista das relações internacionais⁸³, é a da teoria interacionista do direito internacional proposta por Brunnée e Toope (2010), cuja inspiração central é a obra do teórico jurídico Lon Fuller. De forma semelhante à perspectiva de Harold Koh, os autores também “definem a validade de uma norma jurídica com referência a uma avaliação de critérios normativos que são, em princípios, externos ao sistema jurídico” (ROTH-ISIGKEIT, 2018, p. 195). Em outras palavras, somente o recurso à legitimidade formal não se mostra capaz de explicar por que as normas internacionais são seguidas pelos Estados e internalizadas por atores domésticos como tribunais.

A construção de normas formais sob a forma de tratados ou de costumes é, segundo Brunnée e Toope (2010, p. 351), um primeiro passo para o estabelecimento do direito; “mas sem o engajamento dos atores sociais em uma comunidade de prática, a norma formal não exercerá influência social”. Essa ideia de “comunidade” aqui descrita, ressaltam os autores, não assume o sentido internacionalista clássico de um consenso em relação a determinados valores ou objetivos, sendo formada na verdade somente pela prática comum de engajamento mútuo entre os atores, os quais ainda podem discordar radicalmente acerca da melhor forma de se interpretar ou avaliar o peso de uma norma (BRUNNÉE; TOOPE, 2010, p. 353). Trata-

⁸³ Segundo Adler (1999, p. 205), o construtivismo nas relações internacionais se estabelece como um meio-termo entre abordagens racionalistas (realistas e institucionalistas) e interpretativistas (pós-modernistas, pós-estruturalistas, feministas e críticas). Trata-se da “perspectiva segundo a qual o modo pelo qual o mundo material forma a, e é formado por ela, ação e interação humana depende de interpretações normativas e epistêmicas dinâmicas do mundo material.”

se portanto de uma comunidade inicialmente unida apenas por uma “prática de legalidade”, o que seria um fator fundamental para a circulação do direito na visão dos autores:

Para que o direito exista e perdure, uma comunidade de práticas precisa manter ou expandir entendimentos compartilhados subjacentes [...], e inculcar esses entendimentos em uma prática jurídica que assegure a aplicação cotidiana do critério de legalidade em situações concretas. Nós chamamos isso de uma “prática de legalidade”. Em outras palavras, o direito não existe meramente porque as regras jurídicas são declaradas; elas devem ser continuamente mantidas ou então podem ser destruídas. (BRUNNÉE; TOOPE, 2010, p. 352).

Em sentido geral, essa passagem não difere da atitude teórica que temos sustentado até aqui. Na terminologia de Cover (1983), direito significa comprometimento com os preceitos; do contrário, corre-se o risco de que as normas virem letra morta. Contudo, a menção a um “critério de legalidade” específico não pode passar despercebida diante da discussão que travamos anteriormente. Nos vemos de volta à discussão aparentemente inafastável sobre a distinção entre direito e não direito. Com base em Fuller, Brunnée e Toope (2010, p. 6) distinguem oito critérios específicos de legalidade que distinguiriam o direito de outros tipos de ordenamento social: generalidade, promulgação, não retroatividade, clareza, não contradição, não demandar o impossível, constância e, por fim, congruência entre as regras e o comportamento oficial.⁸⁴

À primeira vista, essa visão contraria nosso argumento desenvolvido no tópico anterior e a já referida posição de Tamanaha (2017; 2021), isto é, não acreditamos ser possível identificar elementos que seriam comuns a todas as formas de direito e portanto capazes de estabelecer uma espécie de “padrão de legalidade”. De fato, se o que Brunnée e Toope (2010) propõem tem o mesmo alcance pretendido pela teoria de Lon Fuller (1969) e sua noção de uma “moralidade intrínseca do direito”, seríamos obrigados a discordar de sua visão. Mas talvez não seja preciso combater esse argumento se o interpretarmos de uma forma um pouco mais restrita.

Menos do que uma forma universal de identificação do direito, o que mais interessa a Brunnée e Toope (2010) é uma maneira de identificar se os atores envolvidos em determinada

⁸⁴ Em mais detalhes: “o que distingue as normas jurídicas de outros tipos de normas sociais não é a forma ou o pedigree, mas aderência a critérios específicos de legalidade. Fuller estabeleceu oito critérios: as normas jurídicas devem ser gerais – proibindo, requerendo ou permitindo certas condutas. Elas devem ser promulgadas, permitindo aos cidadãos e cidadãs saber o que a lei estipula. O direito deve ser prospectivo, e não retroativo, permitindo que os indivíduos levem as regras em consideração em suas atitudes. O direito deve ser claro; deve ser possível entender o que é permitido, proibido ou requerido. O direito deve evitar contradições, não requerendo ou permitindo algo que é ao mesmo tempo proibido. O direito não deve solicitar o impossível, devendo ser realista. Seus requerimentos junto aos indivíduos devem se manter relativamente constantes. Finalmente, deve haver um alinhamento entre as normas jurídicas e as ações dos agentes que operam sob a lei.” (BRUNNÉE; TOOPE, 2010, p. 351)

dinâmica estão ou não falando em termos de “direito”. Nesse sentido, como fizemos questão de esclarecer anteriormente sobre a relação dos tribunais estatais com preceitos religiosos como os das Testemunhas de Jeová, é natural que qualquer instituição que se autoproclame como jurídica busque uma diferenciação entre normas sociais e jurídicas tendo em vista o âmbito de sua atuação. Ou seja, desde que se tenha em conta que essa distinção não é definitiva e nem estabelecida *a priori*, é perfeitamente coerente com nossa posição uma visão que estabeleça, dentro de um regime ou campo específico, um critério de legalidade como o defendido pelos autores.

Apesar do direito internacional talvez não ser empiricamente o lugar mais apropriado para se falar na aplicação de um critério desse tipo, nada impede que uma teoria normativa o coloque no centro de seu desenvolvimento ou, para utilizar mais uma vez a linguagem de Cover (1983), para que se demarque o contorno do *nomos* do direito internacional. Em última instância, não é preciso que algo subscreva os critérios de legalidade de Brunnée e Toope (2010) para que seja chamado de direito, de acordo com a visão convencionalista que adotamos. Mas é razoável que, observando a experiência histórica, uma teoria proponha que os atributos elencados nesse critério formam uma base interessante para se avaliar a criação e circulação do direito. Ou seja, que tais atributos sejam normativamente desejáveis.

Na verdade, algum tipo de demarcação é mesmo necessária se consideramos as demandas por legitimidade que acompanham de forma muito próxima qualquer tipo de atividade regulatória no campo internacional ou transnacional. Certamente não faz parte do trabalho prático de organismos decisórios desse âmbito lançar amplas investigações do tipo que a teoria pluralista, por exemplo, sempre buscou empreender como forma de alargar o pensamento jurídico. O que é urgente para a prática jurídica internacional ou transnacional é a busca de normas, princípios, ferramentas teóricas ou conceitos capazes de sustentarem teses decisórias que sejam percebidas como legítimas pelos participantes. De um modo geral, pode-se dizer que instituições que falam em nome do direito sempre são, como disse Cover (1983), *jurispáticas* – diante da proliferação potencialmente infinita de significados jurídicos, elas eliminam alguns em prol de dotar o direito de um sentido mais consistente. Questões de segurança jurídica sempre estão no radar dessas instituições, e é nesse sentido que a afirmação de um “critério de legalidade” oferece a elas uma ferramenta útil na realização de suas tarefas.⁸⁵

⁸⁵ Condições de legalidade para o direito internacional também aparecem, por exemplo, em Kumm (2004) e Bogdandy e Venzke (2014).

Sob a perspectiva da teoria interacionista, o exemplo do direito internacional mostra para as autoridades públicas transnacionais que é importante criar direito a partir de procedimentos formais; não cabe apenas esperar pelos resultados eventuais da prática. Isso reposiciona a importância do direito no debate, mas sem pressupor que se deva aplicar fórmulas consagradas, mesmo que elas gozem de uma legitimidade jurídica ampla, como o direito internacional. Como sugere Berman (2007, p. 323), o contexto do direito internacional aponta para a circunstância de “que podem emergir regras que mudem o contexto social em que os interesses são desenvolvidos”, isto é, o estabelecimento de normas pode afetar o próprio olhar dos atores envolvidos sobre a arena política internacional. Conforme argumentaremos a seguir, isso também vale em boa medida para as autoridades transnacionais.

2.6 Contestando pressupostos teóricos sobre autoridade, legalidade e legitimidade

No contexto do direito estatal moderno, a tríade autoridade-legalidade-legitimidade se supõe intimamente relacionada – quando dois dos termos estão presentes, o terceiro é, via de regra, pressuposto. Em outras palavras, uma autoridade estatal exercida nos termos da lei é vista como legítima; uma autoridade que busca se legitimar precisa seguir o direito; e a união entre legalidade e legitimidade dentro de uma ordem estatal representa a formação de uma autoridade. Contudo, quando transportamos essa relação para o espaço regulatório transnacional, percebemos que estes termos, embora permaneçam centrais, assumem formas de ligação frequentemente mais complexas e incertas do que no direito doméstico.

Isso se revela já no próprio direito internacional, cujas noções de autoridade e legitimidade são comumente contestadas frente às dinâmicas de poder que se verificam nas relações entre Estados, contestação essa que ganhou força com as supostas tendências de fragmentação do direito internacional, na medida em que elas “dificultam a capacidade de coordenação do direito”, o que “em termos de teoria do direito, coloca a autoridade jurídica em questão”, como afirma Roth-Isigkeit (2018, p. 51). No caso da governança não estatal, percebe-se uma ambiguidade. Quando os Estados estão ausentes ou não detém a dianteira das regulações, há um possível ganho que consiste em vê-las como potencialmente livres de interesses geopolíticos, algo que poderia comprometer sua autoridade. Por outro lado, há uma considerável perda de referência em função de que tudo que a figura de um Estado representa em termos de autoridade e legitimidade. Essa referência se sustenta largamente na facilidade e

na segurança sob as quais as fontes de legalidade são identificadas, o que é comumente descrito pela noção de “validade”.

Contudo, mesmo sem Estado ou fontes evidentes de validade, a questão que se coloca permanece a mesma: como construir, por meio da legalidade, autoridades que sejam consideradas legítimas? Começamos aqui a tratar da questão central dessa tese. No entanto, antes de avançar em direção a possíveis respostas, cumpre inicialmente compreender como os três termos envolvidos na pergunta podem ser compreendidos à luz dos fenômenos jurídicos transnacionais.

Começemos pela primeira noção, a de autoridade. De pronto, cumpre distinguir dois sentidos bastante comuns sob os quais essa palavra costuma ser empregada no direito. Eles frequentemente aparecem atrelados um ao outro, mas é válido afastá-los por um momento para fins analíticos. Em primeiro lugar, “autoridade” pode se referir a uma qualidade demonstrada pelo direito – nesse sentido, dizemos que o direito é dotado de autoridade (*authoritative*, no inglês). Em outras palavras, que o direito é considerado como legítimo por referência a algum procedimento, comumente formal, que goza do consentimento daqueles a quem a autoridade se endereça. Como explica Cotterrell (2016, p. 254), esse sentido é frequentemente substituído pela ideia de validade:

No contexto dos sistemas jurídicos domésticos, juristas frequentemente evitam questões difíceis sobre autoridade falando em termos de validade. Eles testam a validade de regras, procedimentos e decisões como “jurídicas” ao traçar sua origem formal a partir de fontes largamente estabelecidas e aceitas de autoridade jurídica presentes em constituições, estatutos ou precedentes judiciais. Na prática jurídica cotidiana, questões de autoridade se tornam basicamente questões técnicas sobre a interpretação normativa adequada de ações e situações tendo em vista estas fontes. Para a filosofia do direito, no entanto, questões mais profundas sobre o significado e a justificação da autoridade permanecem.

Mas “autoridade” pode também assumir um segundo sentido, que faz referência de forma objetiva a uma determinada “instituição” que emite regulações a um determinado grupo de endereçados. No caso do direito doméstico, como vimos na passagem, esse é um contexto relativamente pacífico de emprego da expressão; autoridade é toda aquela instituição capaz de promover um ato ou decisão cuja origem pode ser derivada de uma fonte jurídica válida. Eventuais questões “mais profundas” sobre a justificação da autoridade (legitimidade) se estabelecem em outro domínio, que Cotterrell (2016) identifica na passagem acima como pertencente à filosofia do direito. Mas mesmo esse sentido “mínimo” aqui evocado é objeto de discussões quando passamos para o contexto transnacional.

Estamos mobilizando esse sentido, por exemplo, quando mencionamos “autoridades” públicas transnacionais no título desta tese – queremos simplesmente apontar, em um primeiro momento, para a existência de uma instituição. Antes de dizermos, por exemplo, que os procedimentos da ICANN, da WADA ou do TAS são providos de autoridade (seja *de fato* ou legítima), reconhecemos em primeiro lugar que esses organismos existem e regulam diferentes aspectos da vida social. Mas a questão que se coloca então é: cabe falar em “autoridades” nesses casos? Por que não as chamar apenas de “instituições” ou “organismos”? Não estamos confundindo a análise ao falar em “autoridades” quando as instituições analisadas não parecem se enquadrar bem nas definições de autoridade tradicionalmente empregadas no contexto estatal ou internacional? Essas dúvidas são reforçadas pela descrição comum da atividade que estes organismos realizam como sendo de “governança”. Como expõe Krisch (2016, p. 25), essas instâncias de governança por vezes se mostram “tão *soft*, indeterminadas, dispersas e dependentes de processos sociais” que é normal certa relutância em vê-las de fato enquanto “autoridades”.

Existem, no entanto, ao menos duas razões para se utilizar esse termo mesmo sob condições incertas. A primeira, de ordem estratégica ou retórica, tem a ver com chamar atenção para importantes questões de legitimidade que cercam a atividade regulatória que vem sendo exercida. Se por exemplo o programa PISA da OCDE leva a reformas educacionais capazes de impactar alunos, professores e gestores educacionais ao redor do mundo, é razoável que se pense em uma avaliação crítica dos fundamentos do programa. Eles são formados em um contexto amplo onde diversas vozes são ouvidas? O programa contempla acomodações em diferentes contextos? Suas justificativas são aceitáveis? Falar em “autoridade” nesse sentido evoca uma preocupação maior do que quando falamos em “instituição” ou “organismo”, da mesma forma que falar em “direito” por vezes traz uma conotação mais forte do que “governança”. Ou seja, quando tratamos de “autoridades” públicas transnacionais imediatamente levantamos questões comumente relacionadas a essa noção, como legalidade e legitimidade.

Mas essa razão pode justificadamente não ser vista como suficiente. Pode-se argumentar que é preciso preservar o conceito de autoridade para determinadas situações em que há um claro exercício de poder baseado em fontes jurídicas válidas, ou então que falar em autoridade não representa qualquer ganho teórico e que questões de legitimidade podem ser suscitadas independentemente da terminologia adotada. Esses argumentos nos impelem a mobilizar uma segunda razão, de caráter teórico.

Assim como acontece com as eventuais características comuns atribuídas à noção de direito, fenômenos jurídicos transnacionais também desafiam os pressupostos tradicionais da teoria em relação ao conceito de autoridade. De acordo com Krisch (2016, p. 26), as visões estatistas tendem a adotar um conceito bastante estreito de autoridade, o que o autor chama de autoridade “sólida”: de acordo com essa compreensão, seria necessária a existência de “poderes vinculantes e a criação de obrigações formais” para que uma governança internacional ou transnacional fosse devidamente considerada como uma autoridade. O modelo que serve de padrão a tal definição, obviamente, é o do direito estatal. Nessa linha, organismos como o Conselho de Segurança da ONU seriam vistos indubitavelmente como autoridades, enquanto pairariam dúvidas acerca de outros exemplos conforme a presença das características mencionadas fosse ou não observada. ICANN, WADA e TAS são organismos que adotam procedimentos formais e que portanto tenderiam a ser mais facilmente vistos enquanto autoridades; já sistemas NSMD, menos.

Como forma de ampliar o diagnóstico, sem deixar essas instâncias indevidamente de fora das importantes discussões sobre autoridade, Krisch (2016, p. 39) sugere a inclusão do que chama de elementos “líquidos” de autoridade, que envolvem principalmente quatro características: “uso de meios informais em vez de meios formais e vinculantes; confiança em recursos substantivos em vez de formais como base para a autoridade; multiplicidade de atores em vez de uma autoridade unitária ou focal; e natureza mais dinâmica do que estável”. Para além de critérios formais, entram aqui formas de autoridade moral ou epistêmica que provocam impactos substanciais nas ações e comportamentos de atores não apenas privados, mas públicos.⁸⁶

Mas mais do que colocar em xeque os critérios tradicionais de identificação de uma instituição enquanto autoridade, as regulações transnacionais também desafiam a concepção monista de autoridade, isto é, a ideia de que “toda a autoridade jurídica é vista como derivada de *uma* fonte unificada, ou ao menos de um número estritamente limitado de fontes que existem sob relações adequadamente estabelecidas umas com as outras” (COTTERRELL, 2016, p. 255). As já mencionadas características reputadas ao direito global/transnacional são diretamente responsáveis por esse desafio: formas unitárias ou hierárquicas de autoridade são dificilmente encontráveis em um cenário de múltiplos regimes, classes de atores e racionalidades distintas.

⁸⁶ Krisch (2016, p. 25) menciona alguns exemplos: “o estudo PISA da OCDE, por exemplo, iniciou ou acelerou reformas educacionais em diversos países; os standards do Comitê da Basileia sobre regulação bancária levaram a ajustes por parte de muitos reguladores financeiros nacionais; as notas de crédito da Standard & Poor’s ajudaram a levar diversos governos à beira do colapso financeiro”.

As teorias pluralistas em sua maioria já assumiam que a noção de autoridade, ao contrário do que é postulado por teorias que vinculam a autoridade jurídica com o Estado, não é necessariamente “soberana” ou exclusiva. Ou seja, mesmo que existam duas ou mais autoridades ocupando o mesmo espaço social seria concebível tratar todas elas como autoridades de fato.⁸⁷ Não existiria assim qualquer “natureza” ou “essência” do conceito de autoridade que levasse necessariamente a interpretá-lo de um modo que exclua a possibilidade de um pluralismo de autoridades. Por outro lado, mesmo em suas vertentes “globais” ou “transnacionais”, o pensamento pluralista raramente articula um panorama mais preciso sobre o que autoridade significa em um contexto de pluralidade ou, conforme a expressão que defendemos anteriormente, multinormatividade.

O trabalho de Nicole Roughan (2013, p. 5-6) é uma tentativa notável de suprir esse déficit. Na busca por compreender o que faz uma autoridade ser legítima em condições de pluralidade, a autora sugere um processo com duas etapas principais: (a) primeiro é preciso considerar as implicações dessa pluralidade e da existência de um relacionamento entre autoridades para que então se possa (b) construir um diagnóstico explicativo e normativo que inclua “uma concepção pluralista da autoridade na qual a autoridade pode ser um poder relativo dividido entre diferentes autoridades no mesmo domínio, ou mutualmente dependente entre autoridades em domínios que interagem.”

Como resultado desse processo, Roughan (2013, p. 6) espera oferecer “um modelo para pensar sobre como e quando autoridades institucionais devem trabalhar juntas, ao lado ou contra as outras”. Ou seja, sua proposta não julga que o ideal a ser buscado seja necessariamente a cooperação, mas também contesta a ideia de que a autoridade precisa ser identificada em apenas um único lugar. Foge ao nosso escopo discutir os pormenores de sua argumentação; o que nos interessa fundamentalmente aqui é a noção de “autoridade relativa” que resulta de sua discussão. Enquanto algumas teorias pretendem que a noção de autoridade seja independente, unitária ou hierárquica⁸⁸, Roughan (2013, p. 8) defende vê-la enquanto interdependente:

⁸⁷ Em sentido contrário, por exemplo, Giudice (2014, p. 604-605) afirma que existem “contextos em que múltiplas normas ou jurisdições reivindicam autoridade, mas em razão da natureza da autoridade, nem todas podem ser tratadas como dotadas de autoridade e, o que é mais importante, ao se tentar levar todas elas a sério, nenhuma será vista como dotada de autoridade.” Aqui está em jogo não apenas uma noção unificada de autoridade, mas também de legalidade – algo que também confrontaremos a seguir.

⁸⁸ De acordo com Roughan (2013, p. 7): “Os trabalhos existentes explicam a autoridade como um poder independentemente afirmado e oferecem justificações que dependem de uma identificação clara sobre quem ou o que possui autoridade. Teorias predominantes, incluindo a concepção substantiva de Raz e suas teorias procedimentais concorrentes, sofrem instabilidades em razão da pluralidade, sugerindo que a autoridade colapsa em face de conflitos pluralistas ou ao menos que não pode ser independentemente legítima.” Por outro lado, a autora também não enxerga o pluralismo jurídico ou constitucional em condições de dar uma resposta a

Quando a autoridade é relativa, relacionamentos entre autoridades relativas se tornam uma condição de sua legitimidade. Em outras palavras, as autoridades podem, dependendo do contexto, precisar cooperar, coordenar ou tolerar umas às outras caso pretendam ser legítimas. Em alguns contextos, os conflitos são justificados. Em outros, não. A legitimidade dos conflitos, da cooperação e de outros relacionamentos depende, no entanto, do equilíbrio entre razões avaliadas em relação a ambas ou todas as autoridades relativas, em vez de em relação a cada uma tomada de forma independente.

A concepção de autoridade relativa pode soar inicialmente como uma promessa vaga de uma comunicação nem sempre possível, mas ela já é uma realidade prática em muitos contextos regulatórios transnacionais. A fim de resolver eventuais litígios, a ICANN, organização multissetorial responsável pela governança da internet, frequentemente recorre aos painéis arbitrais da WIPO, organização intergovernamental de propriedade intelectual, mesmo sabendo que ela própria não estaria obrigada a respeitar a decisão do painel (WIPO, 2020). Isso acontece porque a ICANN reconhece suas próprias limitações no exercício de uma função jurisdicional que não costuma exercer, e assim recorre à WIPO não como uma meta-autoridade ou instância superior, mas como uma instituição mais preparada para desempenhar essa função.

Essa relação de cooperação se estabelece também na medida em que as diferentes autoridades reconhecem que sua legitimidade se dá por diferentes aspectos. No caso da ICANN, por exemplo, temos uma instituição que busca se legitimar por uma administração imparcial e predominantemente técnica de aspectos centrais do funcionamento da internet. Quando ela leva um litígio a um painel arbitral da WIPO, julga que esta instituição se legitima por tomar decisões justas sobre casos envolvendo propriedade intelectual. Não se pode falar, como no contexto estatal, em uma divisão rígida entre uma autoridade administrativa e uma autoridade jurisdicional nesse caso. O que se estabelece é uma conexão entre duas instituições que se especializaram em *funções* diferentes. Não há nada que em última instância obrigue a ICANN a procurar outra instituição para resolver um litígio, e muito menos que a obrigue a levá-lo especificamente à apreciação da WIPO. Mas uma vez que essa conexão se estabeleça, e caso o resultado seja considerado satisfatório, há grandes chances de que essa interação seja reiterada.

Pensando essa dinâmica de um ponto de vista normativo, Venzke e Mendes (2018, p. 89) transportam a noção de autoridade relativa para o campo da governança global, sugerindo que as próprias escolhas sobre alocação de autoridade em seu interior deveriam levar em

altura para o problema, na medida em que eles “frequentemente aludem a uma noção complexa de autoridades sobrepostas, mas simplesmente não analisam o que isso significa e o que pode torná-las legítimas.” (ROUGHAN, 2013, p. 8).

conta o aspecto de legitimidade para o qual cada instituição é mais apta.⁸⁹ Mas em vez de representar a defesa de uma ideia de fragmentação radical e inevitável do ambiente regulatório transnacional, o conceito de autoridade relativa é empregado aqui justamente como forma de chamar a atenção para a possibilidade de articulação na governança global:

[...] não é algo satisfatório por si mesmo que a autoridade seja dividida de forma que nenhuma instituição governe ou, por assim dizer, invada a autoridade de outras. Especialmente a nível internacional, a questão tipicamente não é a de que a autoridade é concentrada demais. Frequentemente, ela é dispersa e fragmentada demais. Na verdade, essa dispersão e fragmentação pode exacerbar preocupações sobre legitimidade na medida em que limita mecanismos de accountability e oportunidades de crítica. O argumento não é o de que a autoridade deveria ser justificada por sua divisão absoluta, mas em virtude de sua alocação específica. Em outras palavras, nós visávamos uma governança articulada em vez de difusa. (VENZKE; MENDES, 2018, p. 78-79).

Seja como forma de promover uma “governança articulada” ou de diagnosticar transformações no modo como o direito se legitima, o conceito de autoridade relativa representa uma noção dificilmente contornável nos debates interdisciplinares sobre fenômenos regulatórios transnacionais. No mínimo, ela representa um retrato mais fiel da realidade do que uma noção de autoridade suprema, não compartilhável. Como mostra a própria discussão sobre a fragmentação do direito internacional, frequentemente uma autoridade esbarra nos limites de outra no tratamento de uma questão. Para contribuir com o equilíbrio do sistema internacional, convém que nenhuma delas afirme sua autoridade a qualquer custo.

Ainda que não subscrevamos completamente o diagnóstico mais amplo que Roughan (2013) estabelece em seu livro, tomamos sua ideia de autoridade relativa como uma ferramenta teórica útil para nossa discussão subsequente. Um dos pontos que nos sugerem certa cautela – mas longe de fazer com que coloquemos em dúvida os termos gerais de sua visão – aparece quando a autora estabelece uma diferença de sua concepção em relação ao que considera como concepções “normativas” do pluralismo:

[...] o diagnóstico da autoridade relativa pode ser distinguido de uma defesa normativa do pluralismo. O pluralismo se contenta ou inclusive se solidariza com conflitos não resolvidos e sobreposições entre as ordens jurídicas. Mas o diagnóstico da autoridade relativa torna possível discernir se, e quando, uma ordem deve prevalecer sobre as outras. As condições de justificação no interior do diagnóstico da autoridade relativa sustentarão às vezes que arranjos monistas são preferíveis aos

⁸⁹ Venzke e Mendes (2018) destacam três aspectos de legitimidade: inclusão, especialização funcional e proteção de direitos. É possível que uma autoridade pública se legitime por mais de um aspecto, mas dificilmente pelos três.

pluralistas, e que às vezes gera monismo a partir do pluralismo ao requerer que as autoridades se coordenem sob a forma de hierarquias. (ROUGHAN, 2013, p. 165).

Em primeiro lugar, a autora parece repetir uma caracterização algo caricata do pluralismo enquanto defesa incondicional da pluralidade, independentemente do contexto. Como vimos anteriormente, essa caracterização não serve, por exemplo, para o pluralismo jurídico global de Berman (2012; 2018; 2019). Segundo, mesmo considerando a importância do direito em seu papel “jurispático”, na linha de Cover (1983), não nos parece que a saída para eventuais conflitos normativos resida propriamente em “gerar monismo” ou na afirmação de uma ordem *sobre* a outra.

Mesmo se desconsideramos que o monismo, conceitualmente falando, é uma ilusão sustentável senão por um breve instante, em sentido prático o que acontece não é uma negação da pluralidade, como se o “pluralismo” se tornasse “monismo”, mas a delimitação de um contorno no universo normativo formado por determinada autoridade. Pode-se chegar à conclusão, como no relato da passagem acima, que é melhor que determinada ordem jurídica não negocie um preceito específico.⁹⁰ Isso é perfeitamente compatível com uma perspectiva pluralista. Mas, importante ressaltar, nesse caso o pluralismo não desaparece – normatividades outrora concorrentes podem passar a representar, por exemplo, uma fonte para argumentações de futuros atores interessados em contestar a ordem ou os preceitos estabelecidos.

Feita esta consideração, cumpre ressaltar que uma vez reconhecido o caráter de autoridade “relativa” (ROUGHAN, 2013) e/ou “líquida” (KRISCH, 2016) de uma série de organismos de governança, nossa discussão não vai adiante sem que em algum momento nos deparemos com o primeiro sentido de autoridade que mencionamos, que é ligado – de forma mais ou menos direta, conforme o caso – à noção de legitimidade. Uma perspectiva crítica não se contenta com um conceito de autoridade que sirva apenas a propósitos descritivos, isto é, que sirva de ferramenta teórica para estudos empíricos. Em suma, não queremos que as autoridades sejam apenas *de fato*, mas que sejam legítimas. Logo, os dois sentidos de autoridade – a autoridade como “ente” e a autoridade como “exercício efetivo” – invariavelmente acabam por se encontrar em um plano normativo, como trataremos em mais

⁹⁰ Do nosso ponto de vista crítico, aliás, a questão do exercício da autoridade ganha absoluta centralidade. Não porque as autoridades sejam reputadas como capazes de produzir um direito “superior”, mas porque elas estão no centro da responsabilidade pela interpretação – e logo pela violência, diria Cover (1983; 1986) – do direito. Não há como exercer autoridade jurídica efetiva sem por vezes eliminar interpretações concorrentes sobre o direito.

detalhes no próximo capítulo. Condensando as observações que fizemos e estabelecendo um panorama para as intervenções da teoria do direito, Cotterrell (2016, p. 256) afirma:

De uma perspectiva jurídica, a necessidade é estabelecer formas confiáveis de trabalhar em um ambiente transnacional onde os vínculos de autoridade previamente estáveis (sob a forma das estruturas jurídicas estatais hierarquicamente dispostas e suas afirmações monistas confiantes) frequentemente não mais se sustentam. O desafio central para juristas deixa de ser meramente interpretar e aplicar a autoridade jurídica *estabelecida*; passa a ser cada vez mais identificar, conceituar e avaliar a autoridade da forma como ela opera, como uma *prática em evolução*.

Em suma, é como se precisássemos retornar ao primeiro sentido de autoridade jurídica que mencionamos – o direito como dotado de autoridade – mas que agora se encontra ligeiramente reconfigurado. Não estamos mais na presença da “autoridade política do direito” ou ao menos não nos mesmos termos com os quais se identifica tal autoridade no contexto estatal. Os desenvolvimentos regulatórios transnacionais se dão às margens dos processos políticos tradicionais (ou da política em sentido geral, dirá Teubner (2016) ao clamar por uma “repolitização necessária”), e esse fator tende a alterar a forma sob a qual o direito se conecta com o estabelecimento da autoridade. Logo, novas ferramentas teóricas tornam-se necessárias.

Ainda sobre a noção de autoridade, cabe uma última observação importante. Até aqui, nossa discussão basicamente apresentou os desafios que a teoria jurídica transnacional postula a pressupostos sobre autoridade jurídica tradicionalmente baseados na figura do Estado. Contudo, a contestação desses pressupostos a partir de noções como as que apresentamos – autoridade “relativa” e “líquida” – não nos libera da obrigação de identificar um núcleo mínimo de significado do que venha a ser um “exercício efetivo de autoridade”. Mesmo considerando-se que a autoridade possa ter passado pelas modificações referidas, permanece a questão da identificação prática de uma instituição enquanto autoridade. Em outras palavras, ela é uma autoridade *em razão do quê?*

Não se podendo recorrer a determinações objetivas sobre procedimentos formais, fontes reconhecidas como juridicamente válidas ou a presença de uma hierarquia, apenas para mencionar alguns dos aspectos que facilitam a identificação de autoridades no contexto estatal, nos parece restar basicamente a evidência do comportamento dos atores eventualmente submetidos. É razoável esperar, no entanto, que o âmbito regulatório transnacional apresente variações importantes em diferentes contextos espaço-temporais, de modo que se torna difícil falar em um grau determinado de influência (ou dominação, na terminologia consagrada por Weber) para que se possa falar em autoridade. Nesse sentido,

talvez o máximo que possamos antecipar antes de avaliar cada contexto é traduzido pela ressalva feita por Bernstein (2011, p. 20): “se os atores – sejam eles Estados, empresas ou ONGs – avaliam a cada decisão se devem manter ou retirar seu apoio, a governança ou autoridade está ausente em qualquer sentido verdadeiro da palavra”. Ou seja, é possível estabelecer no mínimo um critério de *continuidade* para que se caracterize a presença de uma autoridade e, como veremos a seguir, de governança.⁹¹

Encerrado esse primeiro tópico, passemos agora à segunda noção, a de legalidade. Sobre esse ponto, nosso interesse não reside na questão sobre *quando* podemos falar propriamente em legalidade – nossa discussão anterior já estabeleceu nosso pensamento em relação a isso. Em vez disso, nos centramos aqui em uma problemática que também já enfrentada pelos escritos mais clássicos da teoria pluralista: uma vez derrubados os pressupostos estatistas, como identificar as unidades capazes de produzir direito, isto é, dotadas de uma legalidade própria?

Essa pergunta sugere que algo que é visto como jurídico normalmente o é porque sua origem remete a determinada ordem ou sistema jurídico, isto é, a algo que possa ser razoavelmente identificado como uma unidade. No contexto doméstico, normalmente é a ordem jurídica estatal que fornece o critério de legalidade para toda legislação promulgada, toda decisão proferida ou todo ato oficial produzido em seu nome. Cada ordem doméstica apresenta um conjunto de características que o direito precisa conter de modo amplo (generalidade, clareza, publicidade, por exemplo), além de características específicas de cada área (consideremos os princípios que regem o direito penal ou o direito administrativo, por exemplo). Estabelece-se assim um critério (ou um código, caso se prefira) que estabelece aquilo que, à luz da ordem vigente, é visto como legal ou ilegal. No caso dos ordenamentos constitucionais, essa adequação necessária ganha um contorno adicional, retratado pelo binômio constitucional/inconstitucional.

O pluralismo jurídico não teve maiores dificuldades em afirmar que critérios de legalidade não pertencem exclusivamente ao direito estatal – essa é a parte central da contestação ao “centralismo jurídico” que viria se consolidar como posição razoavelmente consensual dentro da teoria do direito, como vimos anteriormente. Mas fica em aberto a questão de como esse critério funciona no direito não estatal, e de quais elementos ele depende. Albernaz e Wolkmer (2013, p. 205) afirmam que uma primeira reposta consistiu em

⁹¹ Mais precisamente, Bernstein (2010, p. 99) identifica a autoridade como um dos quatro “blocos basilares” do que realmente pode ser chamado de governança. Ou seja, não havendo a continuidade que marca a relação de autoridade, também não há de se falar em governança.

dizer que é preciso “certo grau de estabilização, institucionalização ou organização social” para que se possa falar em uma produção coletiva de direito, isto é, de uma legalidade em sentido razoavelmente semelhante àquela observada no direito estatal. Mas correntes pluralistas mais alinhadas aos estudos de Malinowski consideraram essa posição uma “limitação arbitrária ao fenômeno da juridicidade”, que relegava certos grupos, sobretudo indígenas, a uma condição de pré-juridicidade potencialmente incompatível com as bases do próprio pensamento pluralista (ALBERNAZ; WOLKMER, 2013, p. 207).

Outros critérios de localização de “unidades” foram aventados pela tradição teórica pluralista, como o já mencionado conceito de “campos sociais semiautônomos” proposto por Moore (1973). Porém, como em quase todas as querelas pluralistas, nenhuma resposta minimamente consensual foi alcançada. Assim, a teoria acabou contentando-se em usar termos como “regimes jurídicos” ou “ordens normativas”, de forma voluntariamente aberta, para identificar eventuais centros de produção de normas potencialmente jurídicas. Expressões como essas oferecem uma espécie de base de localização mais afeita aos ambientes regulatórios não estatais para um conceito de legalidade que foi estatalmente concebido.

No âmbito internacional, o conceito de legalidade costuma ser alvo de disputas entre análises que enfatizam mais o caráter regulatório das normas, de um lado, e de diagnósticos que priorizam as relações de poder que permeiam a criação dessas normas, de outro – posições tradicionalmente representadas pelo direito internacional e pelas relações internacionais, respectivamente (LEANDER; WERNER, 2016; YAMATO; HOFFMANN, 2018). As fontes do direito internacional também são alvos de intensos debates. Mas é razoavelmente fácil identificar, ao menos para as regras de direito internacional público, uma ordem – mesmo que mais abstratamente pressuposta do que um poder real – responsável por estabelecer padrões de legalidade, mesmo que estes não sejam sistemáticos ou organizados na mesma medida que os estatais o são. A noção de “sociedade internacional” parece satisfazer essa demanda.

Quando passamos para a esfera regulatória transnacional, no entanto, a situação se complexifica. Há muitos centros produtores de normas legíveis como jurídicas, de organismos multissetoriais de padronização e certificação a empresas transnacionais, de ONGs a tribunais arbitrais. Isso suscita a tentação de aplicar, a todo agente identificado como produtor de normas, um rótulo como o de ordem normativa. Uma organização consolidada como a ISO é então naturalmente elevada ao patamar de ordem normativa, assim como a ICANN, mas também empresas como a Google ou a Meta, cuja posição facilmente se justificaria pelo

enorme volume de regulações propostas aos seus usuários; enfim, acabaríamos com todo um enorme conjunto de instituições que por vezes apenas vagamente se assemelham umas às outras. Termos de consentimento de aplicativos ou sites deixam de ser interpretados como simples contratos para serem vistos como formas de adesão a verdadeiras ordens normativas que vão além do que está contido nesses termos. Imediatamente, nos vemos completamente cercados por uma infinidade de ordens (que se sobrepõem às já conhecidas ordens domésticas e internacionais) mesmo que muitas delas não se organizem e nem se proclamem, juridicamente, enquanto tais. Cada uma delas ofereceria, portanto, uma legalidade própria. Se vivemos em um mundo onde o lucro trimestral de uma empresa é capaz de superar o Produto Interno Bruto (PIB) de metade dos Estados mundiais, por que não pensar dessa forma?⁹²

De fato, esse não é um raciocínio a ser descartado, com todas as ressalvas a serem feitas em relação à forma como o fenômeno da legalidade pode ser observado no contexto dos Estados ou do sistema internacional. Identificar exemplos como os anteriores como representantes de ordens normativas pode ajudar a chamar a atenção, por exemplo, para o impacto que regulações privadas podem ter não apenas nas relações indivíduos-empresa, mas na sociedade em geral. Mas, por outro lado, corremos o risco de sempre enxergar ordens completamente distinguíveis umas das outras quando, em muitos casos, não é exatamente isso que se verifica empiricamente. Sobretudo no âmbito transnacional, o direito nem sempre forma ordens ou sistemas singularizados: “suas relações frequentemente não podem ser totalmente definidas, eles não possuem um fonte comum de validade e são frequentemente criados, monitorados e praticados por diferentes instituições e atores” (KRISCH, 2022, p. 477).

Essa é o diagnóstico fundamental que leva Krisch (2022) a propor a noção de “legalidades emaranhadas” (*entangled legalities*) como forma de interpretar boa parte não apenas do que acontece no ambiente regulatório transnacional contemporâneo, mas do que se percebe ao longo de diversos períodos históricos.⁹³ Esse conceito, já aplicado em disciplinas como a história e a física quântica⁹⁴, é sugerido por Krisch (2022, p. 487) para descrever “uma

⁹² No segundo trimestre de 2022, a petrolífera saudita Saudi Aramco anunciou um lucro de US\$ 48,4 bilhões, o que a colocaria na 88ª posição no ranking de países do Banco Mundial feito em 2021. (BBC BRASIL, 2022).

⁹³ “Eu sugiro que utilizemos ‘emaranhamento’, um conceito bem estabelecido em outras disciplinas, para capturar o fenômeno de um universo jurídico de normas e sistemas jurídicos interconectados mas não integrados. Historicamente, o emaranhamento é uma situação comum no direito, provavelmente mais comum que a coexistência de sistemas jurídicos largamente separados e fechados com os quais viemos a associar a ideia de direito no século XX.” (KRISCH, 2022, p. 477-478).

⁹⁴ “Ele é um comum na física quântica onde denota um fenômeno em que diferentes partículas relacionam umas com as outras de tal forma que ‘o estado de cada partícula do grupo não pode ser descrito de forma independente do estado de outra(s)’. Em sentido parecido, na história a noção de ‘histórias emaranhadas’

situação em que o direito é constituído de uma forma em que normas de diferentes origens são conectadas umas às outras sem serem integradas em uma ordem comum”. Essa abordagem é capaz de impactar diretamente a forma sob a qual enxergamos a legalidade no espaço transnacional: nessa perspectiva, ela “é mais bem concebida como uma questão de grau do que como um atributo binário, e muitas das regras que habitam a esfera transnacional se estabelecerão em algum lugar entre os polos.” (KRISCH, 2022, p. 489).

Essa noção contesta fundamentalmente os estudos sociojurídicos que parecem empregar necessariamente uma ideia de sistema em suas visões, como os de Brian Tamanaha e Gunther Teubner.⁹⁵ Segundo Krisch (2022, p. 484), perspectivas dominantes como essas enxergam o direito no singular ou no plural, como um ou muitos sistemas, quando muitas vezes o direito “aparece tanto no singular como no plural, como um *e* muitos.” Contudo, Krisch (2022) também aponta alguns antecessores teóricos da noção de legalidades emaranhadas. É o caso da noção de “interlegalidade”⁹⁶ proposta por Boaventura de Sousa Santos (2020) e do que Ralf Michaels (2017) chamou de “regras terciárias”, isto é, regras que controlam “o reconhecimento de normas oriundas de outros sistemas jurídicos e que são muito mais importantes para o funcionamento das ordens jurídicas do que tipicamente se assume” (KRISCH, 2022, p. 484).

Como exemplo importante desse fenômeno, Krisch (2022, p. 490) aponta a incorporação de normas de direitos humanos por parte de atores privados, que frequentemente são internalizadas não em razão da autoridade de que gozam enquanto direito internacional, mas em razão de sua ressonância que leva tais atores a irem mais além no desenvolvimento de suas próprias regras.⁹⁷ Essa noção facilmente se conecta com o diagnóstico de autoridade relativa proposto por Roughan (2013); determinada instituição observa a ação das demais como forma de garantir maior legitimidade às suas regulações, que por sua vez ganham

apareceu para enfatizar a importância das relações entre sociedades interconectadas.” (KRISCH, 2022, p. 487). Esse conceito também já foi utilizado no âmbito da história do direito por Duve (org., 2014).

⁹⁵ “Brian Tamanaha, por exemplo, ainda retrata o pluralismo jurídico contemporâneo como sendo um pluralismo de sistemas normativos coexistentes, com as interações sendo primordialmente vistas como conflitos entre eles. Gunther Teubner, uma das vozes mais fortes pela revisão de diagnósticos tradicionais de hierarquia e integração jurídicas, também mantém uma moldura sistêmica – e uma particularmente forte, em razão de seu débito com a teoria dos sistemas luhmaniana. (KRISCH, 2022, p. 483).

⁹⁶ Para Taekema (2022, p. 515), o avanço da noção de legalidades emaranhadas em relação ao conceito de interlegalidade se encontra na medida em que o último “não teoriza a natureza dos encontros jurídicos, reconhecendo meramente que eles acontecem”; Krisch (2022), por outro lado, estabelece inclusive uma classificação provisória de tipos de emaranhamentos.

⁹⁷ Krisch (2022, p. 502) oferece o exemplo do Tribunal Arbitral do Esporte (TAS) que, em vez de analisar a compatibilidade de suas regras em relação a normas de direitos humanos como as da Comissão Europeia de Direitos Humanos (CEDH), emprega a “proporcionalidade” como um “princípio geral de direito”.

incrementos materiais tomados de empréstimo de outros lugares quando necessário. O que emerge de interações como essas, porém,

[...] fica aquém de uma integração ou constitucionalização de um espaço frequentemente retratado como desordenado e desregrado. Também contrasta com a imagem de desconexão e anarquia frequentemente associada com a complexidade de regimes ou fragmentação jurídica. Emaranhamentos aparecem sob várias intensidades e formas, mas eles criam ligações significativas entre as normas no espaço pós-nacional – ligações complexas, mas apesar disso ligações. (KRISCH, 2022, p. 501).

Em outras palavras, o conceito de legalidades emaranhadas contesta através de exemplos práticos duas das leituras mais influentes sobre o espaço jurídico transnacional, a da fragmentação radical e a da constitucionalização progressiva, conforme veremos mais detalhadamente no próximo capítulo. O panorama que Krisch (2022, p. 505) desenha não é nem o de “sistemas jurídicos independentes que se contatam ocasionalmente” e nem o de um “direito ‘global’ integrado e abrangente”. Uma das lições que extraímos dessa imagem é a de que não devemos desconsiderar a possibilidade da formação de “sistemas” ou “ordens” (normativas, jurídicas ou até constitucionais) no espaço transnacional, mas ao mesmo tempo precisamos entender que nem sempre há um ordem claramente separável sustentando a legalidade de instituições como as autoridades públicas transnacionais. Essa não é apenas a repetição de algum antigo truísmo que dirá que toda ordem jurídica é o resultado das influências de outras ordens. Mas sim a afirmação de que, em alguns casos, o direito pode ser mais bem compreendido como um emaranhado de influências do que como uma ordem isolada ou independentemente estabelecida, que é a visão para qual as correntes pluralistas normalmente tendem (TAEKEMA, 2022, p. 514-515).⁹⁸

Por fim, cumpre fazer algumas observações sobre a última noção, a de legitimidade. Não entraremos nesse momento na discussão sobre o que eventualmente torna as regulações mais legítimas e que papel o direito possui nesse contexto, pois dedicaremos parte substancial do próximo capítulo a essas questões. Por ora, cabe mencionar algumas circunstâncias que servem de pano de fundo para a discussão a ser feita, e que mais diretamente se relacionam

⁹⁸ Essa crítica também pode ser estendida ao uso inadvertido de termos genéricos como *lex mercatoria* e *lex digitalis* para se referir a situações complexas em que muitos atores com diferentes normas, perspectivas e objetivos encontram-se envolvidos, ainda que unidos por um tema ou área regulatória. O caso da *lex mercatoria* é mais justificável se considerarmos o antecedente histórico da denominação, que remonta ao período medieval (GALGANO, 1995). Mas um termo como *lex digitalis* transmite a falsa ideia de uma integração normativa que não se pode afirmar que tenha existido. Não parece haver nenhum ganho, a não ser retórico, em utilizar esse termo em vez de simplesmente falar que existem regulações que concernem ao ciberespaço.

com a contestação de alguns pressupostos comumente assumidos pela teoria jurídica tradicional.

Em primeiro lugar, pensar sobre legitimidade no âmbito transnacional significa compreender que há uma distância maior (ou menos definida) desse conceito em relação à ideia de legalidade quando comparamos com outros contextos. Para as autoridades estatais o preenchimento de critérios de legalidade previamente definidos é em boa medida suficiente para que uma ordem jurídica seja considerada legítima. No direito internacional, ainda que fique em aberto a questão sobre o real impacto da legalidade no comportamento dos Estados, a legitimidade também aparece como um fator incontestável para a legitimidade de instituições ou atores internacionais.

Isso não quer dizer que autoridades estatais ou internacionais não possam (ou devam) se legitimar por outras formas que não passam necessariamente pela adoção de determinados critérios de legalidade. Mas, de um modo geral, a legitimidade nesses âmbitos costuma ser mais consolidada pela presença de processos (*inputs*) considerados válidos do que por resultados obtidos (*outputs*). É possível e até provável que um Estado conteste como ilegítimo um procedimento ou até um organismo de direito internacional que, por exemplo, lhe conceda uma decisão desfavorável.⁹⁹ Mas uma contestação desse tipo será praticamente inevitável em relação a uma decisão que manifestamente contrarie normas reconhecidas do direito internacional.

Em outras palavras, o direito doméstico e o direito internacional fornecem, no mínimo, importantes pontos de referência para avaliações de legitimidade, mesmo que ela eventualmente dependa também de outros fatores. Como nossa discussão inicial mostrou, porém, não há um direito “global” ou “transnacional” que assuma um sentido parecido no espaço transnacional, ao menos não fora das aspirações que parte da bibliografia teórica alimenta. Isso não significa que o incremento da legalidade não possa ser um fator relevante para avaliações de legitimidade no âmbito das autoridades transnacionais – um dos argumentos centrais desta tese é o de que, normativamente, convém apostar que sim, ele pode. Significa apenas que o incremento da legitimidade não se dará exatamente na mesma proporção uma vez que as bases sobre as quais a legalidade é construída costumam ser muito

⁹⁹ Foi o que aconteceu nas reiteradas tentativas do governo Trump de deslegitimar o Sistema de Solução de Controvérsias da OMC (e a própria instituição), acusando-o de favorecer os interesses chineses, mesmo que os Estados Unidos historicamente tenham vencido casos contra a China levados ao Tribunal de Apelação da organização (PIIE, 2019). Essas tentativas se intensificaram com uma decisão favorável à China, propagandeada pelo então presidente norte-americano como uma tendência, quando na verdade ela estava mais para uma exceção. (CNBC, 2020).

mais contestáveis – a tal ponto que, como vimos, a própria teoria se questiona a todo momento se estamos ou não tratando de direito.

Um segundo ponto, consequência direta do primeiro, é o de que nos deparamos com uma noção mais fluida ou contestável de legitimidade no contexto transnacional. Atores transnacionais em tese não podem evocar, por exemplo, noções caras aos Estados ou ao sistema internacional – sejam elas simbólicas como cidadania nacional ou cosmopolita, ou mais concretas como constituições nacionais e declarações internacionais – como forma de justificar sua autoridade sobre determinada área ou problema regulatório. Mesmo quando suas origens são mais consensuais, como no caso da ISO, tentativas de legitimação e deslegitimação tendem a coexistir ao longo dos anos, não havendo grandes expectativas de se atingir um resultado definitivo. A legitimidade perante os envolvidos na regulação precisa ser cultivada dia após dia – seja através de regulações, atitudes, respostas a contestações, incremento na participação etc.

Frequentemente nos perguntamos se determinada atuação de alguma esfera de poder estatal é ou não legítima. Mas mais raramente nos perguntamos se o próprio poder estatal é ou não legítimo. Esse segundo tipo de contestação, mais radical, tende a aparecer com mais facilidade em relação às autoridades públicas transnacionais toda vez que contestações do primeiro tipo são levantadas. Esse panorama nos leva a enxergar a legitimidade menos como um atributo que identifica um dualismo (legítimo/ilegítimo) do que como um processo que pode envolver altos e baixos, avanços e retrocessos. Em outras palavras, o conceito de legitimidade na maioria das vezes pode ser mais bem substituído pela noção de *processos de legitimação*.

Em certo sentido, esse raciocínio é semelhante ao que propomos como forma de enxergar a distinção direito/não direito. Da mesma forma como a noção de significado jurídico aponta para a presença de um olhar interessado em dizer que algo é ou não jurídico, há sempre um olhar interessado em dizer que algo é ou não legítimo. Como a posição e o interesse de cada olhar varia, falar em legitimação como processo soa mais seguro do que falar em legitimidade como um atributo concedido ou não a determinado ente. Evidente que o vocabulário, nesse caso, é menos importante do que a ideia que se procura transmitir – não há nada de errado com a noção de legitimidade, sobretudo quando mobilizada enquanto grande tema de análise. Estamos propondo apenas que há ao menos uma razão, no contexto específico das autoridades públicas transnacionais, para se preferir falar em legitimação.

Finalmente, uma terceira observação se refere à relação entre legitimidade jurídica e legitimidade política. No âmbito da teoria jurídica tradicional, normalmente se assume que

algo é legítimo quando é acreditado pelos Estados, seja no âmbito doméstico ou internacional. Isso acontece na medida em que estes são, por sua vez, legitimados pelo regime político vigente. Mas se Teubner (2003) tem razão ao dizer que as novas dinâmicas regulatórias transnacionais se estabelecem de forma deslocada não apenas em relação aos Estados, mas também à própria política, isso teoricamente enfraquece as possibilidades de legitimação nesse âmbito. Assim, uma possível saída para o problema da legitimação de autoridades transnacionais passaria por uma necessária “repolitização”.

Discutiremos ao longo dos próximos capítulos possíveis sentidos assumidos pela legitimidade política no âmbito transnacional. Mas cumpre ressaltar desde já que uma transformação nas condições de legitimidade política tem sido apontada no interior dos próprios Estados nacionais. Em um contexto de crise de representação democrática, por exemplo, formas de legitimação política que não se baseiam em uma ampla participação da população, como por exemplo as instituições não majoritárias, passam a ser vistas como importantes elementos de legitimação, como mostra Rosanvallon (2011). Isso revela que, no mínimo, pressupostos sobre a relação entre legitimidade jurídica e legitimidade política se encontram em disputa mesmo no âmbito de democracias nacionais consolidadas. Logo, na ausência de critérios de legalidade que representem uma noção similar à de “validade” encontrada no contexto estatal, essa disputa tende não apenas a se replicar, mas a se intensificar. Se quisermos pensar o espaço regulatório transnacional a partir das categorias do direito, devemos considerar essa circunstância.

3 QUESTÕES DE LEGITIMAÇÃO NO ESPAÇO REGULATÓRIO TRANSNACIONAL

Nessa segunda parte do trabalho, passamos das questões que versam sobre os fundamentos conceituais para se interpretar os fenômenos jurídicos transnacionais ou “pós-nacionais” e partimos em direção ao terreno onde são travados os debates teóricos sobre as condições de legitimação desses arranjos. Uma literatura epistemologicamente multifacetada e interdisciplinar se debruça sobre diferentes diagnósticos acerca do que acontece no espaço regulatório transnacional e esboça, a partir deles, prognósticos sobre como noções como autoridade, legalidade e legitimidade devem ser pensadas.

Utilizamos aqui a expressão “espaço regulatório transnacional” por três razões. Em primeiro lugar, na esteira do que argumentamos no primeiro capítulo, queremos evitar possíveis confusões que o termo “jurídico” evoca. É possível utilizar métodos, conceitos e ferramentas teóricas do campo jurídico sem que seja preciso inflacionar o termo direito para descrever regulações que contém mais do que aspectos frequentemente lidos como jurídicos, isto é, que olhares interessados comumente avaliam como contendo um significado jurídico. Assim, não estabelecemos de antemão que nosso objeto é visto como jurídico, o que não nos impede contudo de estudá-lo sob uma perspectiva jurídica.

Segundo, ao mesmo tempo em que “regulatório” se mostra mais amplo que “jurídico”, ele também é mais restrito que “multinormativo”. Como nosso foco são instituições, normas e processos vistos sob a ótica da *autoridade*, nem toda normatividade presente no espaço transnacional nos interessa em um primeiro momento. Nosso olhar precisa sempre estar aberto para considerar essas normatividades, não as excluindo injustificadamente do nosso diagnóstico; mas ao mesmo tempo é útil restringir minimamente nossa investigação ao priorizarmos ambientes marcadamente “regulatórios” ou de “governança”, que normalmente envolvem a produção de normas ou padrões de comportamentos dirigidos a certos grupos de atores.

Por fim, uma observação sobre o adjetivo “transnacional”. Em última instância, nos referimos aqui a todo tipo de fenômeno regulatório que potencialmente não se restringe às fronteiras nacionais. Transnacional aparece aqui menos como conceito – como em algumas das versões de direito global/transnacional que vimos anteriormente – do que como uma expressão para se referir a fenômenos normativos que acontecem dentro de um espaço (ou mais propriamente fora de um espaço, o doméstico). Inicialmente, partimos da visão

eminentemente descritiva e generalista sobre direito transnacional proposta por Tamanaha (2017, p. 180), autor que rechaça a utilização do direito transnacional enquanto conceito¹⁰⁰:

Diferentemente do direito estatal, ele não consiste em múltiplas versões de uma mesma coisa; diferentemente do direito internacional, seus membros não são identificados a partir de um teste de pedigree comum, mas em termos espaciais. O direito transnacional abarca as formas de direito e regulação que existem no espaço entre e para além do âmbito nacional, incluindo aspectos de direito estatal, todo o direito internacional e outros corpos jurídicos como a nova *lex mercatoria*.

Como se pode deprender da passagem, Tamanaha segue Jessup (1956) ao não excluir o direito internacional da descrição geral que o termo direito transnacional evoca. De fato, não nos parece ser possível negar ao direito internacional a condição de que ele é também transnacional, especialmente se não o vemos enquanto uma espécie de “sistema jurídico mundial” unificado. No entanto, essa descrição não nos impede também de distinguir os dois termos para fins analíticos, algo que o próprio Tamanaha (2017, p. 191) trata de fazer, conforme já antecipamos anteriormente:

A distinção fundamental é que o direito internacional é uma tradição jurídica sócio-histórica específica composta por doutrinas, práticas e instituições que emergiram na Europa e se espalharam ao longo do tempo, enquanto os rótulos direito transnacional ou transgovernamental se referem aos fenômenos regulatórios que operam no espaço social de relação cooperativas-competitivas entre e para além do âmbito nacional.

Como nosso interesse não é o de reconstituir os pressupostos da “tradição jurídica sócio-histórica” do direito internacional, mas compreender fenômenos que normalmente escapam de suas estruturas mais clássicas, a expressão espaço regulatório transnacional também evoca um sentido mais específico da palavra “transnacional”. Mesmo sabendo que contatos com o direito internacional são inevitáveis nesse espaço, ainda assim podemos falar aqui de um âmbito transnacional *em sentido estrito*. Essa também é uma razão para não adotarmos simplesmente o termo “governança global”, pois em um primeiro momento ele não estabelece qualquer distinção entre, por exemplo, autoridades internacionais (entendidas como intergovernamentais) e transnacionais (que envolvem atores privados).

Essa indistinção da governança global é compreensível uma vez que nem sempre as divisões são muito evidentes. Como alerta, Bernstein (2011, p. 23-24) “poucas instituições

¹⁰⁰ Vale dizer que essa posição, com a qual concordamos, não retira o mérito de algumas das observações sobre o direito transnacional (ou global) que retomamos no primeiro capítulo, como as de Zumbansen (2020) e Roth-Isigkeit (2018). Ela nos parece útil desde que não sejam tomadas de forma rigorosa, como contendo um possível significado real ou consensual da expressão direito transnacional (ou global). Ambas as análises identificam sob o termo algumas tendências importantes da circulação do direito em espaços não necessariamente hierárquicos e organizados como os sustentados pelo direito estatal e, em boa medida, pelo direito internacional público.

intergovernamentais operam sem a influência de atores não estatais e poucas instituições não estatais mantem autonomia completa em relação à autoridade dos Estados soberanos.” Ela também é educativa na medida em que muitos dos problemas de legitimação que acometem as autoridades públicas transnacionais remetem ao ambiente mais amplo da governança global, isto é, também são enfrentados pelas autoridades internacionais. É por isso que, como forma de apresentar o panorama geral em que as autoridades transnacionais estão inseridas, utilizamos diagnósticos que utilizam o termo “governança global” no tópico a seguir. Mas para não perder de vista nosso enfoque nas autoridades transnacionais, o título do capítulo se mantém fiel ao termo espaço regulatório transnacional.

Finalmente, é preciso responder a uma última objeção: por que então já não falar simplesmente em autoridades públicas transnacionais nesse momento? Porque, a despeito de sua centralidade, não são apenas elas que habitam o espaço regulatório transnacional. Esse espaço também é ocupado por atores interessados – governos nacionais, movimentos da sociedade civil, indivíduos, empresas ou mesmo autoridades internacionais – em aderir a elas, cooperar ou competir com elas ou mesmo contestá-las. Normas internacionais e outras formas de regulação também podem fazer desse espaço, na medida em que elas formam, como veremos mais adiante, parte da “estrutura social” a ser considerada pelas autoridades transnacionais. Além disso, esse espaço abarca as possíveis relações entre autoridades transnacionais, que podem dar origem a normas ou processos comuns que não podem mais ser delimitados simplesmente como pertencentes a uma ou outra. Em outras palavras, o espaço regulatório transnacional compreende as autoridades públicas transnacionais e tudo que as circunda. Mas ao mesmo tempo mantê-las no centro nos ajuda a não perder demasiadamente o foco na ausência de uma fronteira visível do espaço mais amplo.

Feitos esses esclarecimentos inicial, nos parece válido introduzir a discussão que propomos por meio de um exemplo que aponta, de forma bastante produtiva, ao mesmo tempo as generalidades e as especificidades que atravessam as autoridades públicas transnacionais – o núcleo e o seu entorno. O histórico de formação da ICANN, autoridade pública transnacional responsável por aspectos chave do funcionamento da internet, traduz de forma excepcional o que queremos ressaltar com a expressão espaço regulatório transnacional.

A conhecida história sobre o surgimento da internet¹⁰¹ e seu lento desenvolvimento até o início da década de noventa atestam que sua atual utilização massiva e global não fora inicialmente pretendida. Durante muito tempo, a internet não foi vista como o recurso extremamente valioso que é hoje, com suas extensas aplicações para fins econômicos, sociais, políticos, educacionais, religiosos etc. – lícitos e ilícitos. Sua difusão efetiva ocorre poucos anos após o aprofundamento dos chamados processos globalizantes, mas desde então vem não apenas acompanhando a velocidade destes como favorecendo seus últimos desenvolvimentos – mercados globais simultaneamente conectados por frações de segundo, difusão instantânea de informações a qualquer parte do mundo, comunicações à distância em larga escala. Por fatores como esses, a internet representa hoje uma das principais imagens quando pensamos na globalização, e é constantemente o ponto de partida para as novas inovações que prometem mudar nossas formas de se conectar com o mundo.

Em seus primeiros passos, a estrutura fortemente descentralizada – e sobretudo *desterritorializada* – da internet alimentou a poderosa visão de uma sociedade livre onde indivíduos poderiam conviver de forma pacífica, sob suas próprias regras, sem a intervenção de governos (GOLDSMITH; WU, 2006, p. 13). Entusiastas desse novo lugar – o ciberespaço – viam nele o nascimento de uma nova ordem social e política que viria a substituir as arcaicas formas regulatórias dos governos nacionais. Uma nova comunidade de valores fundada na arquitetura aberta da internet daria início a uma nova ordem pós-territorial, ideal sustentando em textos da época como a famosa *Declaração de Independência do Ciberespaço*, escrita por John Perry Barlow (1996).

Mas como Goldsmith e Wu (2006) demonstram por meio de uma série de exemplos, o fato é que a internet não eliminou completamente diferenças geográficas e nem foi capaz de se esquivar do poder dos Estados, ao contrário do que apontavam expectativas iniciais. Na verdade, a descentralização e a desterritorialização da internet nunca foram absolutas, nem mesmo em seus idealizados primórdios: aspectos importantes de seu desenvolvimento sempre dependeram de estruturas minimamente centralizadas. Um deles é a chamada função IANA, sigla em inglês para designar a autoridade responsável pela atribuição de números na internet. Para que um computador acesse a internet ou um servidor mantenha uma página na *web*, é preciso que eles recebam números determinados, únicos. No caso dos domínios na internet, esses números correspondem a nomes também individualizados, como “wikipedia.org” ou

¹⁰¹ Iniciada com um projeto denominado ARPANET (Advanced Research Projects Agency Network), em que um grupo de engenheiros realizou uma série de pesquisas financiadas pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos.

“google.com”. Quando um usuário digita um desses nomes em um navegador, somente uma página pode aparecer, com um dono específico. A autoridade IANA é responsável não somente pela atribuição desses nomes, mas também por definir quais *top-level domains* como “.com”, “.net” ou “.org” devem ou não existir.¹⁰²

Por meio de um contrato com o Departamento de Defesa norte-americano, essa função ficou até 1990 a cargo de uma única pessoa – Jon Postel, cientista da computação e pesquisador baseado na Califórnia –, o que dá uma boa dimensão de quão pouco ruidosos foram os primeiros desenvolvimentos da internet. A partir de 1990, essa função passou a ser dividida com uma subsidiária de uma empresa contratada pelo governo norte-americano, chamada *Network Solutions*. Mas ao contrário dos fundadores e mantenedores da internet até então, a *Network Solutions* possuía fins lucrativos, e não tardou a buscá-los quando vislumbrou a oportunidade para tanto. Com o passar dos anos e o aumento da demanda por domínios na internet, a empresa abocanhou lucros cada vez maiores por uma atividade outrora realizada, na esteira do espírito do ciberespaço, de forma colaborativa e não lucrativa. Esse não era o rumo que Jon Postel e os demais precursores esperavam que a internet tomasse – e a relação entre eles e a empresa, até então pacífica, estremeceu (GOLDSMITH; WU, 2006, p. 35).

Na medida em que o interesse comercial pela internet cresceu, o que se parecia mais com uma “função” passou a ganhar ares cada vez maiores de “autoridade”. Os tempos do trabalho quase bibliotecário de Jon Postel na década de oitenta haviam ficado para trás, assim como seu método informal de resolver problemas dentro das margens da razoabilidade e do bom senso. A internet havia ficado grande demais para que seu funcionamento dependesse de consensos obtidos por um grupo de engenheiros norte-americanos reunidos em uma sala. Na medida em que o debate envolvia mais interessados, como empresas de tecnologia e governos nacionais, tornou-se fundamental indagar sobre quem exerceria, sob bases legítimas, a autoridade sobre a alocação de nomes e números na internet.

Em um primeiro momento, o debate opôs basicamente dois atores: de um lado, a crescente comunidade técnica de engenheiros da internet, reunida em torno de organizações independentes como a Internet Society; de outro, o governo norte-americano. Como resumem Goldsmith e Wu (2006, p. 32), os inventores *versus* os financiadores da internet, defendendo respostas opostas à seguinte questão: tem autoridade jurídica sobre a internet quem tratou de

¹⁰² Existem dois tipos de *top-level domains*: os genéricos, como “.com” e “.org”, que são globalmente utilizados e administrados diretamente pela autoridade IANA (atualmente, a ICANN), e os específicos de cada país (*country-code*), formados por duas letras e a cargo de autoridades nacionais. No caso brasileiro, o “.br” é administrado pelo Conselho Gestor da Internet (CGI).

cuidá-la desde o princípio, quando seu potencial ainda era desconhecido, ou quem sempre esteve por trás do financiamento de seu incerto desenvolvimento?

Por mais robustos que fossem os argumentos apresentados por cada um dos lados, estava evidente desde o início que uma solução final não seria encontrada invocando alguma base jurídica decisiva. Mais do que isso, não era o tipo de questão que poderia ser resolvida por uma decisão judicial, nem mesmo da Suprema Corte dos Estados Unidos – tratava-se não apenas de um problema desconhecido, sem nenhum precedente ao qual se pudesse reportar, mas também de algo difícil de ser limitado, uma vez que o que estava em jogo era o futuro de um espaço virtual que já havia evidenciado sua capacidade de transcender fronteiras e cujo alcance tendia a um nível verdadeiramente global. Assim, pode-se dizer que a história da autoridade jurídica sobre a atribuição de nomes e números na internet começa em um grande vácuo jurídico.

Sabendo que esse vácuo haveria de ser suplantado de alguma forma, os interessados no futuro da internet começaram a agir. A Internet Society, fundada por Vint Cerf – considerado por muitos como o “pai da internet” –, foi quem deu os primeiros passos. Unindo forças com outras organizações independentes e representantes da sociedade civil, ela organizou a formação de um comitê – o *Internet Ad Hoc Committee* (IAHC) – que resultou na elaboração de um documento jurídico conhecido como *Generic Top-Level Domain Memorandum of Understanding*, ou simplesmente gTLD-MOU. (GOLDSMITH; WU, 2006, p. 38). Esse documento serviria como base para a formação de uma autoridade internacional sobre a atribuição de nomes e números na internet, e apontava, entre outros aspectos, a necessidade de se adotar uma estrutura formal e legítima perante o sistema internacional de Estados.

Esse acordo informal, do qual ironicamente nenhum governo nacional foi convidado a participar, ganhou ares de oficialidade graças ao apoio da União Internacional de Telecomunicações (ITU), agência das Nações Unidas especializada em telecomunicações e responsável pela normatização de tecnologias de informação e comunicação como rádios e telefones. Por regular outros meios de comunicação, a ITU se via de certa forma como herdeira legítima da regulação da internet, e forneceu sua sede em Genebra para a cerimônia de assinatura do gTLD-MOU, em maio de 1997 (GOLDSMITH; WU, 2006, p. 39). Em poucas palavras, o gTLD-MOU era uma tentativa de declarar independência da internet em relação à política de governo norte-americana e lançar as bases para a formação de uma governança multilateral sobre a atribuição dos domínios virtuais. A celebração do gTLD-MOU foi acolhida com surpresa por muitos governos, que enxergaram nela a tentativa

desesperada de uma moribunda ITU de assumir o controle de algo que visivelmente já não era um “simples” meio de comunicação como as linhas telefônicas, mas um precioso recurso econômico e de poder em função de seu potencial impacto e alcance globais. Para os Estados Unidos, no entanto, por mais dúbia que fosse sua real importância, o gTLD-MOU soou como um sinal de alerta (RAUSTIALA, 2016, p. 8).

O então governo Bill Clinton entendeu prontamente que algo precisava ser feito para que o futuro da internet não fosse ameaçado, ou ao menos para que o *interesse norte-americano* no futuro da internet não fosse ameaçado. Costuma-se apontar dois motivos fundamentais que levaram os Estados Unidos a uma resposta mais concreta sobre o futuro da função IANA. Em primeiro lugar, na medida em que grandes empresas começavam a fazer vultuosos negócios por meio da internet, os Estados Unidos temiam que a arquitetura da rede ficasse vulnerável nas mãos de um grupo de engenheiros independentes. Ninguém investiria seus milhões de dólares enquanto não houvesse garantias acerca da segurança da internet, e essa garantia somente poderia ser estabelecida por um organismo forte – preferencialmente o próprio governo norte-americano, junto ao seu Departamento de Defesa (GOLDSMITH; WU, 2006, p. 41).

Mas havia outro elemento em jogo, talvez mais importante: uma estrutura de governança multilateral da internet era vista com grande receio pela Casa Branca. Em primeiro lugar, uma internet supervisionada por instituições multilaterais como a ITU ou qualquer organização internacional significava que os Estados Unidos teriam direito a apenas um voto, em paridade com outros Estados membros. Segundo, abria-se uma perigosa possibilidade de que países reputados como violadores das liberdades de acesso e de livre expressão, dois dos fundamentos da própria internet, pudessem exercer algum controle sobre seu desenvolvimento. Por fim, o setor privado, reputado como fundamental para o avanço comercial da internet, restaria sem qualquer tipo de representação direta em um arranjo intergovernamental (RAUSTIALA, 2016, p. 8).

A atitude que o governo norte-americano tomaria a seguir é até hoje interpretada de forma ambígua – por um lado, é de fato possível vislumbrar eventuais riscos que uma abordagem multilateral representaria para a internet; por outro, é impossível não desconfiar que os Estados Unidos fizeram de tudo para preservar uma estrutura que atendesse, em primeiro lugar, a seus próprios interesses. E essa estrutura era nada mais do que aquela que já existia até então, ainda que de forma mais dispersa: uma governança multissetorial convenientemente dominada por companhias de tecnologia norte-americanas, pesquisadores norte-americanos e grupos da sociedade civil também norte-americanos (RAUSTIALA, 2016,

p. 9). Logo, a solução encontrada foi criar uma versão mais robusta e formalizada de multissetorialismo, que dissipasse qualquer dúvida sobre quem exerceria a autoridade de fato sobre a alocação de nomes e números na internet – nasceu assim, em 1998, a ICANN. A partir de um contrato com o Departamento de Comércio dos Estados Unidos, essa organização privada não lucrativa regulada pelas leis de Califórnia passou a funcionar como um sistema de governança estruturada de alguns dos aspectos fundamentais da internet global.

Assim, por meio de um ato unilateral, o governo norte-americano preenchia uma enorme lacuna jurídica e dava início a uma nova era na governança da internet – uma era que já começava sob olhares suspeitos de muitos governos e organizações não governamentais. Não se podia negar que a ICANN possuiria certo grau de independência, sobretudo em questões técnicas. Mas havia uma justificável desconfiança acerca da ingerência do governo norte-americano sobre o órgão, uma vez que a ICANN estava legalmente (por meio do contrato com o governo) e fisicamente (o computador onde ficava a *root zone file* era de propriedade norte-americana) vinculada ao governo dos Estados Unidos, a despeito dos discursos sobre “privatização” e “internacionalização” que este defendia perante as demais nações (GOLDSMITH; WU, 2006, p. 169).

Por mais que nem a ITU nem qualquer outra organização intergovernamental hierárquica tenha sido capaz de reivindicar o controle sobre as funções executadas pela ICANN nos anos subsequentes, algumas iniciativas multilaterais como a *World Summit on the Information Society (WSIS)*¹⁰³ reiteraram protestos de que os Estados Unidos não poderiam ter dado a palavra final sobre um assunto de interesse global como a internet. Como aponta Mueller (2010, p. 60-61), não era apenas a autoridade sobre a definição de domínios que estava em jogo, mas o fato de que

O desenho institucional original da ICANN marcou um distanciamento revolucionário em relação a abordagens tradicionais da governança global. Ela reduziu significativamente o poder dos governos nacionais e das organizações intergovernamentais existentes sobre as políticas de comunicação e informação. (MUELLER, 2010, p. 60-61).

¹⁰³ A WSIS foi uma cúpula das Nações Unidas coordenada pela ITU. Sua proposta inicial era de fomentar o entendimento entre as nações sobre os novos rumos da sociedade da informação e promover o desenvolvimento das Declarações do Milênio, mas logo se transformou em uma grande discussão sobre o futuro da governança da internet, com foco nas atividades da ICANN. Na Declaração de Princípios de Genebra, documento final do encontro da WSIS realizado em 2003, os atores envolvidos defenderam uma divisão da internet entre assuntos técnicos, que continuariam a cargo de agentes privados do setor, e assuntos de política pública, que passariam à supervisão dos governos em âmbito nacional e seriam objeto de acordos e negociações entre eles no âmbito internacional. (MUELLER, 2010, p. 58-64).

Esse é um ponto fundamental para compreender as reivindicações normalmente oriundas de países europeus ou de potências emergentes como Brasil, China e Índia. Pode até ser que a ICANN estivesse fazendo um bom trabalho dentro de suas possibilidades, inclusive um trabalho mais rápido e eficaz do que uma organização como a ITU faria. Mas agora que a comunidade internacional havia despertado completamente para o fenômeno global da internet, não faria mais sentido caminhar em direção a uma governança em que as diferentes nações – e não mais os Estados Unidos, apenas – pudessem desempenhar um papel mais efetivo? O embate entre uma visão multilateral da governança da internet e a estrutura multissetorial existente seguiu em outros movimentos pós-WSIS, como o *Working Group on International Governance* (WGIG), e de certa forma persiste até hoje.

Um desdobramento digno de nota ocorreu em 2014, quando o governo Barack Obama optou por não renovar a relação contratual entre a ICANN e o governo norte-americano. Não para reafirmar o controle dos Estados Unidos sobre a internet, mas justamente o contrário: o governo decidiu conceder, a partir daquela data, plena autonomia à ICANN para executar suas funções, entre elas a alocação de domínios. Mas mesmo essa decisão pode ser lida como uma restrição estratégica por parte dos Estados Unidos. Se o modelo multissetorial da ICANN servia bem aos seus interesses, por que não renunciar a qualquer controle governamental sobre ele? Se as propostas de adoção de modelos multilaterais de governança se baseavam na alegação de um indevido controle norte-americano sobre a internet, os Estados Unidos demonstravam cabalmente que estavam saindo de cena em prol de uma instituição que supostamente seriam tão incapazes de controlar como qualquer outra nação. Como afirma Raustiala (2016, p. 14), a estratégia norte-americana foi paradoxalmente a de limitar seu poder justamente para melhor sustentá-lo.

Em suma, o estabelecimento da ICANN pode ser em boa medida lido como uma estratégia do governo norte-americano para afastar a internet do controle de organismos multilaterais e do complicado balanço de poder do qual eles substancialmente dependem. Não há como saber exatamente o que teria acontecido se as tentativas frustradas da ITU de assumir o controle da governança da internet houvessem sido bem-sucedidas, ou o que acontecerá se a ICANN eventualmente repassar sua autoridade à ITU no futuro.¹⁰⁴ Teríamos uma governança mais representativa dos variados interesses presentes ao redor do globo? Ou, em termos mais gerais: teríamos uma governança mais *legítima*?

¹⁰⁴ Em uma manifestação recente, o CEO da ICANN Göran Marby reiterou que, diante do atual cenário em que países como China e Rússia caminham em direção a uma separação completa da internet global, entregar a autoridade a ITU significaria grandes riscos de uma internet fragmentada ou inoperável (WIRED, 2022).

Exercícios de futurologia à parte, o fato é que as condições de surgimento da ICANN sugerem que não há respostas fáceis em questões irremediavelmente transnacionais como a internet. Mas não estamos falando aqui de *hard cases*, como a expressão consagrada pela literatura jurídica nos informa, em que há dúvidas sobre a interpretação da regra X ou do estatuto Y ou mesmo sobre o peso que os princípios P e Q devem exercer sobre uma possível decisão. Estamos falando da própria impossibilidade de se recorrer a uma ou outra fonte de direito para resolver uma questão. Logo, da impossibilidade de se ter uma decisão legítima *porque* se reporta a uma ou outra fonte de direito. Em tais condições, o vínculo entre legalidade e legitimidade, que tanto caracteriza o direito estatal e que serve de modelo para o direito internacional público, é afrouxado. A legitimidade não depende mais da estrita observância de eventuais regras que autorizem a instituição a funcionar e decidir de determinada maneira. Esse é claramente o caso de uma autoridade como a ICANN:

Qualquer legitimidade que a ICANN possui não se baseia em uma fonte de direito positivo, mas emerge apenas na medida em que os participantes, incluindo governos nacionais, reconhecem a ICANN como legítima. Isso significa que o modelo multissetorial da ICANN é inerentemente instável, pois deve recorrer de forma contínua a contestáveis avaliações normativas de legitimidade. (LINDSAY, 2013, p. 4).

A história da formação da ICANN funciona como uma espécie de arquétipo para diversos fenômenos da governança global, conforme veremos a seguir. Sobretudo em relação ao que nos interessa, questões de legitimação se mostram persistentes muito em razão da impossibilidade de se recorrer a uma “fonte de direito positivo”. Esse cenário é visto como aterrorizante para alguns e como oportunidade para outros. De fato, há razões para se alimentar medos e expectativas positivas. Desde que o termo governança global se instalou definitivamente no vocabulário não apenas propriamente teórico, mas também político, multiplicam-se diagnósticos e prognósticos sobre os desafios de exercer autoridade por meio de novas formas que não carregam o sentido forte da palavra “governo”.

A primeira parte deste capítulo é dedicada a um panorama teórico sobre a governança global com ênfase na posição contemporaneamente defendida por Michael Zürn. As duas seções subsequentes são dedicadas a expor tentativas teóricas de estabelecer diagnósticos e critérios normativos sobre as condições de legitimação das instituições de governança a partir de conceitos como cidadania, sociedade civil, democracia (item 3.2) e constitucionalismo (3.3). Na última parte, estabelecemos alguns marcos que consideramos importantes de um ponto de vista crítico à luz das concepções anteriormente apresentadas.

3.1 A emergência da governança global

De forma geral, pode-se dizer que a governança global representa a transição de um modo de pensar as relações internacionais como baseadas na obtenção de consensos entre Estados em direção a uma abordagem que enfatiza a constituição de autoridades no espaço transnacional. O exercício dessas autoridades não se baseia mais necessariamente nas fontes tradicionais do direito internacional, envolvendo também instrumentos jurídicos *soft* – normas voltadas à orientação de condutas que assumem mais a forma de recomendações do que de sanções dispostas a acionar medidas coercitivas em caso de descumprimento.

É comum se referir à emergência de uma governança global propriamente dita somente a partir do final da Guerra Fria, mas é possível dizer que o incremento na participação de atores não estatais e a fragmentação em áreas em organismos internacionais nas décadas anteriores já havia contribuído significativamente para uma mudança de orientação na produção de normas no cenário internacional. Nos anos subsequentes à queda do Muro de Berlim, esses fatores se intensificaram de tal forma que a ausência de hierarquias e a multiplicidade de atores se tornaram características fundamentais do exercício de governança em assuntos transnacionais, despertando o interesse de diversas disciplinas, em especial o direito, a ciência política e as relações internacionais.

A ausência de um princípio organizador foi de pronto tomada como uma das principais características da governança global, que na definição clássica de Rosenau (1995, p. 16) é vista como “a soma de uma miríade – literalmente milhões – de mecanismos de controle conduzidos por diferentes histórias, objetivos, estruturas e processos”, todos eles relacionados de um algum modo a áreas ou problemas transnacionais¹⁰⁵. Em que pese a exacerbada fragmentação desse ambiente regulatório, Rosenau (1995, p. 18) entreviu a possibilidade de identificar “bolsões de coerência” em diferentes níveis, que seriam capazes de basear avaliações sobre a governança global no futuro.

A possibilidade de identificar esses pontos de coerência é a base para o diagnóstico interdisciplinar (derivado sobretudo da ciência política e das relações internacionais) sobre a governança global proposto por Michael Zürn (2018). Segundo o autor, discussões sobre

¹⁰⁵ A definição de Rosenau (1995, p. 13) é assumidamente ampla em relação a múltiplos níveis e objetos regulatórios, conforme o autor explica: “a governança global se refere a mais do que as instituições e organizações formais por meio das quais a administração de assuntos internacionais é ou não sustentada. O sistema das Nações Unidas e os governos nacionais são certamente centrais para a condução da governança global, mas ele são apenas parte de um quadro maior [...] a governança global é concebida para incluir sistemas de regras em todos os níveis da atividade humana – da família à organização internacional – em que a busca por objetivos a partir do exercício de controles possui repercussões transnacionais.”

quem de fato possui autoridade no contexto da política internacional frequentemente se estabelecem em uma disputa entre dois imaginários. De um lado, o imaginário liberal ou institucionalista argumenta que o período pós-Segunda Guerra Mundial marcou a inauguração de uma nova ordem regida pelos ditames do direito internacional. Ainda que essa ordem tenha sofrido profundas transformações e adaptações ao longo do tempo, suas instituições fundamentais permanecem preservadas e a autoridade imputada a elas regula a agenda política global de forma real e efetiva. De outra parte, o imaginário geopolítico ou realista reafirma de tempos em tempos, não sem apresentar razoáveis evidências, sua crença aparentemente inabalável na ideia de que a política internacional é em última instância dominada pelos interesses soberanos dos Estados mais poderosos.

Contra esse debate aparentemente perpétuo, Michael Zürn (2018, p. 3) sugere que a política internacional está atualmente envolta em uma “estrutura normativa e institucional que contém hierarquias e desigualdades de poder e, portanto, produz contestação, resistência e lutas redistributivas *de forma endógena*”. Isso quer dizer que nenhuma das duas visões, institucionalista ou realista, parece em condições de se declarar vitoriosa. O fato de haver uma estrutura institucional consolidada não implica, como o imaginário liberal tende a pensar, em uma leitura necessariamente cooperativa da política internacional. Mas também não parece ser possível explicar as dinâmicas dessa estrutura apenas em termos de uma disputa de interesses entre Estados soberanos, sem recorrer à ideia de que há, sim, princípios normativos que orientam as relações internacionais.

Pensemos por exemplo nas ameaças do então governo Trump de retirar os Estados Unidos da OMC (BBC NEWS, 2018). Por um lado, uma leitura realista enfatizaria o fato que um país poderoso pode, eventualmente, deixar uma organização internacional de tamanha importância ao seu bel-prazer. No mínimo, essa opção jamais está descartada – ameaças sempre podem se tornar concretas, de modo que o sistema internacional vive à sombra de atitudes protecionistas. Diante disso, uma leitura liberal institucionalista poderia retrucar: justamente por reconhecer que sua participação na OMC revela uma condição de submissão a uma autoridade internacional efetiva é que um país como os Estados Unidos pode eventualmente manifestar o desejo de deixá-la.¹⁰⁶ Ou seja, seria inegável, mesmo considerando uma atitude como essa, a existência de uma “estrutura normativa e institucional”, na expressão de Zürn (2018, p. 3).

¹⁰⁶ Evidente que uma abordagem mais pragmática dos acontecimentos revelava na verdade mais uma pressão discursiva por parte de Trump do que uma ameaça efetiva, mas isso não compromete os termos do raciocínio.

Essa estrutura é o que o autor chama de governança global. Na teoria de Zürn (2018, p. 3-4), ela se refere “ao exercício de autoridade para além de fronteiras nacionais assim como normas e regras consentidas para além do Estado-nação, ambas justificadas em referência a bens comuns ou problemas transnacionais”. Essa autoridade não assume necessariamente formas jurídicas; mas parte substancial do nosso argumento, desenvolvido sobretudo no terceiro capítulo, é justamente a ideia de que o aspecto jurídico constitui um elemento importante a ser considerado.

Em uma primeira análise, a definição proposta por Zürn contém ao menos cinco pontos importantes a se destacar. Primeiro, ela engloba tanto instituições internacionais (intergovernamentais) como transnacionais (que contém ao menos um ator privado). Segundo, refere-se tanto a instituições propriamente ditas como a normas e regras internacionais específicas (declarações da ONU, por exemplo). Terceiro, remete necessariamente à noção de “publicidade” – acordos secretos ou reuniões a portas fechadas estão, portanto, excluídos do domínio da governança global. Quarto, sua definição não importa em juízos de valor em relação ao propósito social a ser buscado: medidas intervencionistas ou neoliberais, por exemplo, são ambas dependentes de iniciativas abarcadas pelo termo governança global. Quinto e último ponto: nem todos os arranjos precisam se aplicar a todo mundo, isto é, não é necessário que as regulações tenham um alcance efetivamente “global” (ZÜRN, 2018, p. 4-5).

A partir dessa definição deliberadamente ampla, percebe-se que a governança global é completamente diversa em termos de formas institucionais e atores.¹⁰⁷ O foco da nossa tese são as instituições transnacionais, isto é, aquelas que possuem ao menos um ator não estatal como parte interessada (*stakeholder*). Mas as observações mais abrangentes de Zürn (2018) sobre a governança global são úteis para o trabalho na medida em que a interdependência entre Estado e atores não estatais no espaço regulatório transnacional é generalizada, ou seja, observações gerais sobre a governança global valem em larga medida para a governança de autoridades públicas transnacionais, que formam uma espécie de tipo ideal em contraposição às tradicionais organizações intergovernamentais.

¹⁰⁷ “Nós falamos de governança global quando o estritamente intergovernamental Conselho de Segurança da ONU autoriza uma intervenção militar. Mas também falamos de governança global quando uma organização privada com fins lucrativos como a Standard & Poor’s emite classificações de crédito para tomadores de empréstimos nos mercados financeiros. A governança global aponta para uma pluralização de atores. Assim, é possível diferenciar conceitualmente entre governança global realizada por governo (isto é, um governo mundial), governança global realizada com governos (como em instituições intergovernamentais como a ONU) e governança global sem governos (como em regimes puramente transnacionais, como a International Accounting Standards Board (IASB), que frequentemente regula empresas e também indiretamente Estados).” (ZÜRN, 2018, p. 4).

Em que pese sua variedade de formas, Zürn (2018) identifica ao menos dois elementos centrais para a concepção de governança global: a presença de princípios normativos e a noção de autoridades reflexivas. Em relação ao primeiro elemento, Zürn (2018) assume que princípios normativos são uma forma de orientar o comportamento dos atores da governança global. Mas essa afirmação, importante ressaltar, não possui o sentido de uma idealização da forma como pode ser encontrada em leituras cosmopolitas que advogam em favor de determinados ideais normativos como justiça, equidade ou democracia. Os princípios normativos a que Zürn (2018, p. 26) se refere buscam tão somente explicar, por meio de uma reconstrução racional, o conteúdo normativo implícito em práticas reais da perspectiva dos participantes, em um sentido próximo daquele que Habermas (2007; 2012) emprega, por exemplo, em sua teoria da ação comunicativa. Ou seja, Zürn (2018, p. 25) não assume que os princípios normativos determinam completamente o comportamento dos atores da governança global; apenas sustenta que eles levam esses princípios ao menos em consideração em suas ações, a despeito de suas reais motivações. Dessa forma, ao menos em um primeiro momento a ideia de princípios normativos se restringe a um caráter meramente descritivo.

Zürn (2018) aponta a existência de três princípios normativos na governança global: a noção de bens comuns, a existência de direitos de indivíduos e de atores não estatais e, por último, a possibilidade de autoridade internacional. Cada um deles introduz uma qualificação distinta ao consagrado princípio westfaliano da soberania estatal, segundo o qual os Estados representam a autoridade máxima possível. Com eles, forma-se uma nova imagem da política internacional que, se não é cooperativa, aparece ao menos como potencialmente coordenada:

Os princípios normativos do sistema da governança global qualificam essa noção de soberania [westfaliana] em três aspectos: questionam a noção implícita de que todas as comunidades políticas são territorialmente segmentadas ao apontar para a noção de bens comuns, que precisam ser atingidos de forma conjunta; questionam a visão de que as autoridades políticas são absolutas ao apontar para os direitos individuais e de atores não estatais possuídos independentemente de serem eles membros de um Estado; e questiona a noção de que não há autoridades para além do Estado ao apontar para a possibilidade de autoridade internacional. (ZÜRN, 2018, p. 26).

O reconhecimento de que existem bens comuns globais como manutenção da paz, saúde ou proteção do meio ambiente é a grande justificativa por trás da governança global. Com o passar dos anos, os Estados internalizaram cada vez mais a necessidade de ir além da defesa de seus interesses individuais e participar de esforços conjuntos que promovam o bem comum em algumas áreas. O grande marco nesse sentido é a criação da ONU, que nasceu após a Segunda Guerra Mundial com a clara responsabilidade de evitar um novo conflito. Já a

partir das décadas de setenta e oitenta, o ingresso de atores não estatais nas relações internacionais também passou a contribuir decisivamente para a proteção de diversos bens comuns, seja monitorando regulações intergovernamentais ou mesmo regulando de forma autônoma problemas e setores específicos.

Em paralelo a esse movimento, cresceu o reconhecimento de que atores não estatais, sejam eles indivíduos ou organizações, possuem direitos em relação a suas comunidades políticas que podem ser defendidos em âmbito internacional. Embora essa possibilidade já estivesse contida nas declarações da ONU no pós-guerra, a estrutura institucional disposta à defesa desses direitos é bastante recente e, em muitos casos, ainda tida como deficitária.

Por fim, o terceiro princípio normativo da governança global aparece como consequência direta desses dois primeiros reconhecimentos: se normas e regras que promovam o bem comum e os direitos de atores não estatais são consideradas importantes, tornam-se necessárias autoridades públicas capazes de identificá-las, justificá-las e monitorá-las (ZÜRN, 2018, p. 34). Mas como explicar a aceitação de autoridades pós-estatais capazes de impor limitações à autonomia dos Estados e de atores não estatais, muitas vezes de forma contrária a seus interesses?

Para Zürn (2018, p. 42-45), dois tipos de explicações são as mais comuns no âmbito das relações internacionais: instâncias internacionais ou transnacionais exercem autoridade ou porque os atores internacionais concordam em estabelecer contratos que beneficiem a todos ou a maioria, ou porque esses atores criam e reproduzem hábitos ao longo do tempo. De acordo com o autor, ambas as explicações apresentam seus pontos fortes e fracos. Na tentativa de superar suas deficiências e ao mesmo tempo conservar aspectos que considera positivos nessas abordagens, Zürn (2018, p. 45) propõe o conceito de autoridade reflexiva como capaz de descrever de forma mais acurada as dinâmicas contemporâneas da governança global:

Esse entendimento sustenta que a autoridade se constrói a partir de uma lógica de ação em vez de uma lógica de apropriação ou de consequencialidade. Não é a qualidade de um argumento específico nem a manipulação das preferências dos subordinados por meio de incentivos que levam à deferência, mas sim o reconhecimento da autoridade como importante de ser observada.

Ou seja, o estabelecimento de autoridades na governança global não é puramente guiado por interesses racionais dos Estados nem o resultado necessário de décadas de hábitos acumulados nas relações entre eles. Relações baseadas em autoridades reflexivas importam no reconhecimento, por parte dos próprios atores submetidos, de que eles possuem limitações

técnicas ou epistêmicas.¹⁰⁸ Em outras palavras, se reconhece a importância de observar as autoridades transnacionais na medida em que elas se concentram em enfrentar determinados problemas sob uma perspectiva ampla e imparcial. Algo que os Estados, enquanto atores guiados por interesses políticos, possuem menor habilidade de fazer – seja isolada ou coordenadamente.

Os destinatários das regulações não admitem com isso que as autoridades estarão necessariamente mais próximas da verdade, mas somente que consideram relevante “o processo social pelo qual um conhecimento superior ou uma perspectiva imparcial é estabelecida” (ZÜRN, 2018, p. 47). Essa formulação antecipa, aliás, um primeiro elemento das discussões sobre a legitimação dessas autoridades: como garantir que a perspectiva adotada seja de fato percebida como imparcial? Até por não existirem garantias absolutas a esse respeito, havendo sempre a possibilidade de que Estados ou atores não estatais denunciem determinada regulação como ilegítima, as decisões das autoridades internacionais ou transnacionais tendem a assumir a forma de pedidos ou recomendações, e não de comandos ou ordens. Um exemplo recente são as recomendações da OMS em virtude da pandemia do Covid-19, embasadas do ponto de vista científico, mas sem um caráter sancionatório. Espera-se da OMS que ela seja capaz de recomendar as melhores ações a serem tomadas para proteção da saúde enquanto bem global, mas não se espera que ela própria tome a iniciativa dessas ações nos diferentes Estados, e nem que force o cumprimento de suas medidas em âmbitos nacionais e locais.

Isso não significa, contudo, que a sociedade internacional de Estados não disponha de instrumentos efetivos, por exemplo, para evitar efeitos de uma pandemia sejam potencializados pela inação ou inaptidão de uma determinada nação. Caso o Conselho de Segurança da ONU aprovasse, por exemplo, uma resolução contra um país X que tenha veementemente se oposto à imunização de sua população contra o vírus pandêmico, arriscando a segurança não apenas de seus cidadãos e cidadãs, mas potencialmente de todo o globo, o cumprimento dessa resolução seria considerado obrigatório. Essa hipótese, ainda que largamente fantasiosa, chama atenção para ao menos dois pontos importantes.

Primeiro, a existência de uma distinção entre autoridades reflexivas políticas, que possuem o direito de produzir decisões que violem interesses particulares de seus membros, e autoridades reflexivas epistêmicas, que apenas fornecem interpretações com o propósito de

¹⁰⁸ Um bom exemplo sobre esse ponto, que mencionamos no primeiro capítulo, é o da relação de cooperação entre ICANN e WIPO no âmbito da solução de controvérsias.

orientar o comportamento dos atores¹⁰⁹ (ZÜRN, 2018, p. 51-52). Enquanto o Conselho de Segurança da ONU pertence ao primeiro tipo, a OMS recai no segundo.

Em segundo lugar, essa hipótese sugere que nenhuma autoridade da governança global se encontra em completo isolamento. Justamente o contrário: a relação entre as autoridades é um aspecto fundamental a ser considerado no estudo da governança global. E isso não acontece somente nos casos em que uma instituição procura o auxílio de outra por não se considerar legitimada a tomar decisões vinculantes, como acontece na já mencionada relação entre ICANN e WIPO. Até mesmo em virtude de suas acentuadas especializações, as autoridades da governança global dificilmente são capazes de exercer simultaneamente funções diferentes ou resguardar múltiplos interesses da melhor forma possível. Nesse ponto, o conceito de autoridades relativas proposto tanto por Roughan (2013) em relação ao direito como por Venzke e Mendes (2018) em relação à própria governança global se mostra como um acréscimo útil à noção de autoridades reflexivas.

Soluções baseadas em um retorno à soberania estatal como forma legítima de representação encontram-se hoje largamente comprometidas, na medida em que o fundamento para o exercício de autoridades públicas internacionais ou transnacionais não pode ser resumido a atos de delegação por parte dos Estados. Instituições domésticas ainda podem cumprir um papel importante na legitimação dessas autoridades em certas ocasiões, mas estão longe de serem as únicas (VENZKE; MENDES, 2018, p. 84). Assim, mais do que por decisões deliberadas dos Estados, pode-se dizer que a autoridade na governança global se estabelece por meio de i(n)terações institucionais. Diferentes atores “usam, contestam e legitimam a autoridade de outros. A autoridade é exercida por meio de um efeito combinado de uma série de atos que se fortalecem mutuamente” (VENZKE; MENDES, 2018, p. 88).

A visão de que a governança global é composta por autoridades reflexivas e relativas, que aponta para a cooperação institucional ao mesmo tempo enquanto fato e enquanto horizonte normativo desejável, se mostra como uma possível objeção à ideia de uma fragmentação radical das regulações transnacionais, posição defendida, por exemplo, por Gunther Teubner (2016). Além de dificultar o estabelecimento de pontos de crítica, a fragmentação negligencia que as interações entre diferentes autoridades constituem um ponto fundamental para compreender a governança global. Para Zürn (2018, p. 56) “não é a diferenciação institucional por si que é decisiva para o sistema da governança global, mas o

¹⁰⁹ Zürn (2018, p. 53) menciona também um tipo intermediário, as autoridades epistêmicas politicamente designadas (PAEAs, na sigla em inglês), que “não tomam decisões vinculantes, mas possuem a competência de fazer interpretações que frequentemente provocam consequências”, como o IPCC e o PISA, vinculado à OCDE.

relacionamento entre essas diferentes esferas de autoridade”. Ainda que não existam meta-autoridades na governança global, as esferas de autoridade possuem relações importantes de cooperação (ou competição) umas com as outras, de modo que

O sistema atual da governança global não é nem anarquia nem ordem constitucional, mas contém bolsões de hierarquia. [...] A repetida referência à novidade ou singularidade dos arranjos da governança global pode estar na moda, mas proporciona *insights* limitados. Sugerir que cada arranjo da governança global precisa ser analisado separadamente é negligenciar o contexto e a estrutura da governança global. (ZÜRN, 2018, p. 54).

Ao falar de “bolsões de hierarquia”, Zürn (2018) ecoa a expressão “bolsões de coerência” utilizada por Rosenau (1995). Nas mais de duas décadas que os separam, a literatura sobre governança global ora oscilou em direção a uma maior ênfase em tais “bolsões”, ora rumo a uma visão mais pessimista acerca das possibilidades de integração. Especialmente nos últimos anos, receios de uma guinada rumo a essa segunda posição ganharam força com a explosão de uma literatura sobre o que genericamente tem se denominado como “populismo” – que retrata, na verdade, a preocupação com a ascensão de líderes autoritários de direita com discursos contra a cooperação internacional em diversas partes do mundo, como Estados Unidos, Brasil, Itália e Hungria.¹¹⁰

Contudo, mesmo em momentos históricos em que esse “populismo” não se mostrou como uma força decisiva no âmbito nas relações internacionais, a governança global sempre esteve cercada de preocupações em relação à sua legitimidade. Mesmo quando os arranjos são tomados uns em relação aos outros, Zürn (2018) reconhece que a legitimidade da governança global é precária. A escassez de bases jurídicas ou políticas para legitimidade pode não representar uma ameaça particularmente grave para o exercício de algumas autoridades predominantemente epistêmicas, como instituições que estabelecem padrões internacionais – caso tipicamente representado pela ISO. Mas é possível dizer que nem mesmo essas instituições estão absolutamente livres de contestações ou acusações de ilegitimidade. Em geral, questões sobre legitimidade são inafastáveis de qualquer instituição da governança global.

Que a necessidade de legitimação no espaço internacional/transnacional existe é algo difícil de discordar. Na medida em que as autoridades públicas da governança global, sejam elas internacionais ou transnacionais, possuem a capacidade de interferir na autonomia de

¹¹⁰ Nesse sentido, ver por exemplo Kahler (2018), Walker (2019), Zürn (2021) e Callejón (2022). Para uma descrição do populismo que nos parece oferecer uma conotação útil a esse disputado e controverso conceito, ver Müller (2016).

Estados ou atores não estatais, elas precisam se justificar para ambos – sempre em referência aos bens comuns que afirmam proteger. Em outras palavras, as regulações da governança global sempre possuem destinatários, sejam eles Estados, ONGs, empresas, indivíduos ou comunidades específicas. Logo, espera-se que, no mínimo, essas regulações encontrem alguma forma de legitimação perante seus destinatários – para não falar de terceiros eventualmente afetados, que em alguns casos equivalem a enormes porções do globo.

No caso das autoridades internacionais, suas decisões costumavam ser legitimadas pela via da representação dos seus Estados membros. Um vínculo difícil de ser preservado hoje, como vimos anteriormente, na medida em que o exercício dessas autoridades na governança global extrapola delimitações realizadas por tratados e acordos internacionais (ZÜRN, 2018, p. 62). Esses instrumentos clássicos do direito internacional público certamente não devem entrar em desuso enquanto formas de legitimação no futuro próximo, mas também já não dão conta de explicar isoladamente de que forma alguns arranjos internacionais operam. Já para as autoridades transnacionais, lugar das maiores transformações trazidas pela governança global, o desafio da legitimação costuma ser ainda maior: se a participação dos Estados é em boa medida respaldada pelos processos políticos que ocorrem no seu interior, atores não estatais dificilmente podem se remeter a processos de participação ou representação semelhantes.

Mas o quanto esse fato compromete a possibilidade de que regulações de autoridades públicas transnacionais sejam consideradas legítimas? A resposta depende, a princípio, do tipo de legitimidade que estamos considerando. Se adotarmos uma concepção de legitimidade hierárquica, segundo a qual toda instituição legítima deveria possuir uma espécie de *pedigree*, isto é, uma fonte jurídica e política devidamente identificável, seríamos obrigados a apontar erros de formação na maior parte da governança global. Como aponta Zürn (2018, p. 80), há “uma estranha falta de sujeitos” na governança global: é como dizer que “algo acontece”, mas é difícil identificar o responsável. Isso não significa que a formação de autoridades públicas internacionais ou transnacionais seja espontânea ou desprovida de atores concretos, mas somente que em boa parte dos casos é difícil explicar seus arranjos atuais – e, principalmente, sua capacidade de exercer autoridade – recorrendo-se a uma origem oficial e determinada, seja ela política ou jurídica.

A ICANN é um bom exemplo disso: para usar a expressão de Zürn (2018, p. 80), ela “aconteceu”: sua autoridade foi sendo exercida ao longo dos anos sem que fosse possível sustentar com clareza que base jurídica ou política autorizava essa organização a exercer um papel fundamental na governança da internet mundial. Um *White Paper* do governo norte-

americano explicando sua decisão de alocar responsabilidades à ICANN não é uma base jurídica suficiente para explicar o exercício de uma autoridade cujo alcance é global, tanto mais porque, como vimos anteriormente, esse modelo sofreu fortes contestações por parte de diversos atores internacionais antes, durante e depois de sua implementação. Em outras palavras, ninguém tomou a questão da autoridade IANA como encerrada em razão da formação da ICANN.

Mas como explicar o crescente reconhecimento da atividade realizada por essa organização como legítima, tendo em vista o seu passado oficial pouco – ou nada – legítimo? Como essa instituição foi capaz de garantir legitimidade, ainda que de forma parcial, se o seu estabelecimento não foi fruto da cooperação ou coordenação entre diferentes Estados? Esse exemplo mostra o quão complicado é sustentar uma visão de legitimidade baseada na necessidade de uma “autorização” oficial quando tratamos da governança global. Na maioria dos casos, o passado de uma instituição não será muito instrutivo se quisermos compreender o percurso de legitimação traçado por ela.

Por outro lado, seria uma atitude ingênua esquecer completamente esse passado e crer que a ICANN é legítima simplesmente pelo fato de que ela “aconteceu” e não há mais como fazer as coisas de outra forma. Essa visão, que Zürn (2018, p. 64) chama de “fusionista”, considera que autoridade e legitimidade são noções sinônimas. A fraqueza óbvia desse pensamento é sua impossibilidade de conceber a existência de autoridades ilegítimas, limitando a questão de quem possui maior legitimidade à questão de quem exerce maior poder. Se o termo “legitimidade” tem algum significado, ele depende de uma diferenciação entre, por um lado, o reconhecimento de uma autoridade e, por outro, o reconhecimento de que seu exercício é legítimo:

Tanto a autoridade como a legitimidade são baseadas em uma disposição para obedecer, mas o processo de reconhecimento possui níveis diferentes [...] O primeiro nível se refere ao reconhecimento de uma autoridade como desejável em princípio para se atingir certos objetivos ou bens comuns. O segundo nível de reconhecimento é sobre o exercício apropriado de autoridade. [...] A autoridade pode ser uma condição necessária para se atingir um bem comum, mas certamente não é suficiente. Será apenas se a autoridade estiver sendo exercida de forma apropriada, de acordo com o propósito social para o qual ela foi criada. (ZÜRN, 2018, p. 65)

Mas como determinar que o exercício de uma autoridade é “apropriado”? No contexto da soberania estatal e das relações entre Estados, costuma-se considerar como apropriada, em geral, a autoridade exercida nos limites do direito doméstico ou das fontes reconhecidas de direito internacional público. Essa referência à legalidade, por certo, não é uma resposta

definitiva ao problema da legitimidade, mesmo nesses contextos. Robert Cover (1983; 1986) mostrou de forma exemplar como a legitimidade do direito estatal ao longo da história não pode ser sustentada somente pela qualidade de suas interpretações, sem que se considere o papel central exercido pela capacidade dos Estados de organizarem a violência. Em um sistema capaz de fazer valer sua interpretação de forma violenta quando necessário, não se pode pressupor que os indivíduos sempre obedecem às normas porque as consideram as mais “apropriadas” possíveis.

Ainda assim, seria uma enorme simplificação afirmar que a construção de autoridades legítimas, seja no contexto estatal ou nas relações internacionais, somente avançou em razão do monopólio da força ou da lei do mais forte. Talvez seja o caso de dizer, em vez disso, que não existe uma resposta única e definitiva sobre o que faz uma autoridade ser considerada legítima. Não apenas porque a legitimidade varia conforme o contexto, podendo significar coisas muito diferentes para atores e lugares diferentes. Mas também porque a legitimidade parece ter mais a ver com uma percepção mutável do que com uma situação de fato. Nesse sentido, e especialmente quando tratamos da governança global, a legitimidade é difícil de ser identificada pois não é um fim em si mesma – está mais para uma “virtude institucional” como sugere Zürn (2018, p. 67). Ou seja, as diferentes ações tomadas pelas autoridades públicas não buscam a legitimidade *em si*, mas a defesa de certos bens comuns ou a busca de determinados objetivos. A partir de *como* elas farão isso é que seus participantes (legitimidade interna) e seus observadores externos (legitimidade externa) poderão avaliar se suas ações são mais ou menos legítimas (ZÜRN, 2018, p. 64-65).

Esse *como* é representado pela noção de processos de legitimação. Dependendo da forma como as autoridades chegam a determinadas decisões, isto é, conforme elas moldam processos de legitimação, atores envolvidos e observadores externos vão alimentando crenças de legitimidade (*legitimacy beliefs*) em relação a elas. Na governança global, essas crenças são especialmente suscetíveis a mudanças, pois são formadas “em um processo constante de legitimação e deslegitimação” (ZÜRN, 2018, p. 65). Elas formam o aspecto empírico da legitimidade: se referem a manifestações de concordância (ou discordância) em relação ao exercício da autoridade. Mas é preciso ressaltar que essas concordâncias ou discordâncias, que redundam em tentativas de legitimação e deslegitimação, podem ser guiadas não somente pela satisfação ou insatisfação com os processos (*inputs*) de legitimação, mas também com os resultados (*outputs*) a que as autoridades chegam.

Especialmente se tratando de relações internacionais, que envolvem disputas geopolíticas e assimetrias de poder, existe sempre a suspeita de que o comportamento dos

atores seja predominantemente estratégico, e de que suas crenças de legitimação sejam guiadas mais por resultados do que processos. Assim como a aparente aceitação de um país em relação às decisões de uma autoridade pode esconder uma tentativa de não desagradar um aliado estratégico ou uma potência dominante, acusações veementes de líderes nacionais contra o funcionamento de organizações internacionais podem ser vistas como formas de defender interesses hegemônicos.¹¹¹ Por outro lado, atores não estatais como ONGs e demais movimentos da sociedade civil tendem a valorizar muito mais os processos, ainda que não descuidem dos resultados. O fato de uma regulação transnacional não estar aberta à participação ou não possuir formas de *accountability*, por exemplo, pode ser mais significativo em termos de legitimidade do que eventuais resultados considerados negativos.

Essa divisão, evidentemente, não se propõe a ser uma descrição fiel do comportamento de Estados e atores não estatais. Certamente existem variações importantes até entre os mesmos atores dependendo da posição que eles ocupam em relação à autoridade – se estão diretamente envolvidos ou na condição de observadores externos. Mas ela serve como ilustração sobre o fato de que as crenças de legitimação não podem ser reduzidas nem somente a preocupações com os processos e nem meramente à aceitação dos resultados.

Isso quer dizer que, caso as autoridades públicas não buscassem formas de legitimar suas decisões pela via dos processos, a legitimidade se resumiria a uma questão de vencedores satisfeitos e perdedores insatisfeitos. Por outro lado, nenhum processo de legitimação é capaz de garantir, por si só, que os atores não apelem a tentativas de deslegitimação, isto é, que não venham a contestar o exercício da autoridade como ilegítima. Especialmente no campo das organizações internacionais, em que os países dificilmente estão dispostos a concordar com decisões que afetem sua autonomia, tentativas de deslegitimação com base em resultados indesejados são extremamente comuns, mas disso não é possível deduzir que os processos de legitimação sejam um esforço inútil e muito menos que as regulações venham a ser fatalmente ilegítimas.

Ainda que fosse possível, seria pouco produtivo tentar reconstituir eventuais elementos comuns a todos os resultados das diferentes regulações da governança global. Variações relativas a tipos, escopos, efeitos ou destinatários das decisões são imensas. Mas em que pese os processos de legitimação também apresentarem variações, é possível identificar a presença de alguns elementos básicos em sua composição. Para Zürn (2018, p. 68), especificamente dois são fundamentais: imparcialidade e propósito social. Na visão do

¹¹¹ Novamente, um bom exemplo são as tentativas reiteradas do governo Trump de deslegitimar a atuação da OMC.

autor, eles são elementos que na verdade compõem qualquer gramática de legitimação, do nível estatal ao transnacional.

Em relação ao propósito social, Zürn (2018, p. 69) é sucinto: em suma, “as autoridades precisam alimentar crenças de que elas buscam – na prática – o propósito social adjacente”. Já sobre a demanda por imparcialidade, Zürn (2018, p. 68) a define como indo além da não arbitrariedade, englobando também a noção de que casos semelhantes devem ser tratados de forma semelhante. O autor reconhece que o termo legalidade traduz essa ideia de forma parecida, mas defende sua opção pela imparcialidade na medida em que ela também inclui a *expertise* científica, recurso frequentemente utilizado por alguns arranjos da governança global:

Enquanto eu compartilho a visão de que, na modernidade, existe uma condição comum e necessária para todas as formas de legitimidade, eu não creio que ela é propriamente apreendida pela noção de legalidade – mas sim pela noção mais abstrata e geral de imparcialidade na aplicação das regras. Pode haver, por exemplo, autoridades que gerem crenças de legitimação ao apontar para a incorporação de *experts* e a necessidade de tomar decisões sem estar tão circunscritas a longos procedimentos jurídicos. (ZÜRN, 2018, p. 68-69).

Uma das questões que um trabalho baseado na teoria do direito se vê na obrigação de levantar em relação a essa passagem é o quanto a própria demanda por imparcialidade “científica” não depende concretamente também dos critérios de legalidade em jogo, isto é, da adoção de regras (como as que Hart chamou de secundárias) que estabeleçam a necessidade ou a possibilidade de se recorrer a *experts*. Nesse caso, talvez seja possível preservar a noção de legalidade recorrendo-se a previsões mais gerais que substituiriam a elaboração de procedimentos jurídicos “longos” demais para cada caso. Por ora, importa notar que Zürn (2018, p. 69) considera a legalidade como um dos dois elementos que contribuem para crenças de legitimação via noção de imparcialidade, sendo a ideia de “procedimentos ‘objetivos’ das ciências” o outro.

Esses elementos, por sua vez, se conectam diretamente com as duas únicas “narrativas de legitimação”¹¹² que Zürn (2018, p. 81) considera possíveis para a governança global: as narrativas jurídicas e as narrativas tecnocráticas. Nesse sentido, Zürn (2018, p. 81) compara as autoridades públicas internacionais e transnacionais com outras instituições não majoritárias encontradas no contexto estatal, como os bancos centrais, as agências reguladoras e as cortes

¹¹² Narrativas ou estratégias de legitimação para Zürn (2018, p. 70) são uma combinação de diferentes fontes de autoridade, “histórias que mesclam razões e enganos a fim de explicar ou justificar uma ordem normativa”. O autor aponta para a existência de outros cinco grandes tipos de narrativas de legitimação, que no entanto não se prestam à governança global: participativa, equitativa, tradicional, baseada em ganhos relativos e manipulativa.

constitucionais¹¹³, cujas narrativas de legitimação consistem basicamente em elementos como “efetividade, riqueza, conhecimento superior e por vezes a proteção de direitos humanos”.

Mas seriam essas duas narrativas de legitimação suficientes ou as únicas possíveis para justificar o exercício de autoridades públicas internacionais e transnacionais? Diversos movimentos da sociedade civil a nível nacional e transnacional têm há décadas sustentado que não. É preciso que a governança global incorpore, segundo eles, ao menos narrativas participativas – quando não equitativas. A demanda por narrativas equitativas, isto é, que visam ações redistributivas, tende a esbarrar no fato de que a grande maioria das instituições de governança global possui um caráter predominantemente regulatório, ainda que algumas delas lidem diretamente com questões correlatas à problemática das desigualdades sociais e econômicas, como políticas monetárias e ambientais (ZÜRN, 2018, p. 78). Por outro lado, narrativas participativas também encontram dificuldades na medida em que processos deliberativos são dependentes de estruturas de coordenação e hierarquia (meta-autoridades) dificilmente encontráveis para além dos Estados nacionais. Por mais que a sociedade internacional tenha desenvolvido algumas instituições dispostas à deliberação de grandes problemas globais, como o Conselho de Segurança da ONU, o G-8 ou o G-20, a maior parte da governança global é conduzida por autoridades não majoritárias, estranhas à ideia de participação.

Essas circunstâncias acabam por levantar uma discussão mais abrangente sobre a possibilidade de se falar em democracia no âmbito pós-nacional. No contexto dos Estados modernos organizados por constituições democráticas, a autoridade costuma ser reputada como legítima na medida que princípios democráticos são respeitados. Considerando o cenário da governança global que temos esboçado até aqui, seria possível falar em uma legitimação *democrática* na ausência ou impossibilidade de narrativas de participação? Ao menos à primeira vista, democracia e participação parecem noções indissociáveis. Mas Zürn (2018, p. 82-83) menciona alguns dados empíricos que levam a uma interessante conclusão: em democracias parlamentares, as pessoas “parecem preferir muito mais autoridades epistêmicas a instituições políticas” majoritárias, como os poderes executivo e legislativo.¹¹⁴ Zürn (2018, p. 83) chama essa tendência de “paradoxo democrático”:

¹¹³ Para uma visão que defende a adoção também de uma narrativa de legitimação participativa no caso da corte constitucional brasileira, o STF, ver Rodriguez (2019b).

¹¹⁴ Esse diagnóstico, que aponta para uma crise da ideia de representação e a emergência de novas formas de legitimação democrática no contexto estatal, também está presente, por exemplo, em Pierre Rosanvallon (2011).

[...] enquanto a democracia participativa requer uma ordem política constitucional – em que especialmente a coordenação da governança e a delegação de autoridades é controlada por instituições majoritárias – as pessoas que, em princípio, são a favor da democracia, há muito tempo confiam especialmente em instituições não majoritárias que estão para além dos domínios de instituições majoritárias.

Ninguém sabe ao certo qual o futuro das instituições majoritárias nos contextos nacionais. Mas é possível sugerir que para a governança global, onde as condições de representação são precárias e a legitimidade inclui uma narrativa tecnocrática, instituições majoritárias podem não ser necessariamente a solução mais eficaz para possíveis déficits de legitimação. Isso implica em dizer que a noção de representação deva ser descartada? Conforme veremos a seguir, a literatura especializada parece tensionar esse tema entre dois polos: enquanto parte dela aposta em processos efetivos de representação, outra parte argumenta que, na melhor das hipóteses, as autoridades públicas devem estar abertas à contestação. Seja como for, discussões sobre democracia não parecem descabidas no âmbito da governança global.

Mas mais do que a própria discussão de democracia, que retomaremos mais adiante, o que interessa do ponto de vista do nosso trabalho é a ideia de que a participação enquanto possível elemento de uma legitimação democrática na governança global poderia ser impulsionada pelo que Zürn (2018) classifica como narrativa jurídica. O autor pouco discorre acerca da importância dessa narrativa, enfatizando em vez disso a narrativa tecnocrática como a principal fonte de legitimação que as autoridades públicas teriam à sua disposição. Ao mesmo tempo em que reconhece que esse viés tecnocrático é um dos grandes problemas para a legitimação na governança global, Zürn (2018, p. 81) argumenta que autoridades públicas com funções limitadas não necessitam de um grau de legitimação tão completo quanto uma ordem constitucional, essa sim capaz de empregar, por exemplo, narrativas participativas e equitativas.

Mas ainda assim, o aspecto tecnocrático e não majoritário da governança global é visto como um problema. Como consequência do “paradoxo democrático”, processos de legitimação política se tornam precários. Se não há bases constitucionais de participação ou representação, qualquer elemento envolvido nas tomadas de decisão por parte da autoridade pode ser alvo de contestação. Disso resulta o fato de que a legitimidade das “autoridades reflexivas” da governança global se torna, ela própria, reflexiva:

Na maior parte do século XX, a questão sobre legitimidade se assentava em *standards* de tomada de decisão democrática relativamente consentidos e não contestados nos sistemas políticos nacionais. A questão era se e em que medida esses *standards* eram atingidos. Hoje, os próprios *standards* são contestados. Nesses

conflitos reflexivos de legitimação, não apenas é colocada a questão “A decisão foi legítima?”, mas também são questionados os próprios *standards*: não apenas o “que” (O que conta como base efetiva de legitimação?) passa a ser disputado, mas também o “quem” (Quem decide sobre isso?) e o “como” (Como e em que condições podemos responder a essas questões e institucionalizar as respostas?) também começam a ser ameaçados. (ZÜRN, 2018, p. 83-84).

Nem todas as questões sobre “quem” e “como” podem ser completamente respondidas por narrativas tecnocráticas, na medida em que elas também envolvem questões políticas. Aliás, como recordam Venzke e Mendes (2018, p. 89), a divisão entre questões de natureza política e natureza técnica é ela mesma um problema de natureza política, que deve ser resolvida por processos políticos, preferencialmente abertos à contestação. Isso quer dizer que, mesmo no âmbito de autoridades epistêmicas, os métodos científicos ao mesmo tempo têm e não têm a última palavra – eles são fundamentais para resolver questões de forma isolada, mas incapazes de pensar o todo formado pelas relações com as demais áreas e autoridades. Isso suscita uma forte pressão em relação à utilização de narrativas tecnocráticas de justificação:

Na medida em que as esferas de autoridade são apenas frouxamente acopladas, elas estão limitadas a justificações setoriais que introduzem um viés tecnocrático nos padrões de legitimação. Muitas autoridades internacionais e transnacionais de fato subscrevem narrativas tecnocráticas de justificação. A profundidade e o tipo de autoridade exercido por muitas destas autoridades, no entanto, tem cada vez mais sobrecarregado essa narrativa. Algumas das decisões tomadas no interior do sistema de governança global não podem ser baseadas de forma plausível apenas em razões tecnocráticas – considere-se, por exemplo, os programas de austeridade do Fundo Monetário Internacional (FMI) ou as intervenções militares autorizadas pelo Conselho de Segurança da ONU. (ZÜRN, 2018, p. 252).

Mas para além do viés tecnocrático, Zürn (2018, p. 84) também aponta para um segundo grande problema de legitimação na governança global: o exercício de autoridade enviesado, isto é, a dificuldade em se atender às expectativas de não arbitrariedade e imparcialidade na aplicação das regras. Esse problema é mais notável no contexto das autoridades internacionais, onde há um claro predomínio de funções administrativas sobre funções jurisdicionais. Por mais que tenha significado a emergência de uma pluralidade de atores em domínios outrora reservados à soberania estatal, a governança global não solucionou a dificuldade em se constituir autoridades verdadeiramente independentes. Ao contrário, Zürn (2018, p. 87) alerta que a substituição da ideia de consenso pela ideia de autoridade tende a aprofundar relações desiguais quando essa autoridade não é sustentada por uma administração independente e por uma forte separação de poderes – no caso das

autoridades internacionais mais importantes, o que se percebe é uma verdadeira institucionalização das desigualdades.¹¹⁵

No caso das autoridades transnacionais, ao menos este último fator tende a ser contornado pela ausência de centralidade, ao menos no plano formal, de governos nacionais. Mais uma vez, o caso da ICANN é elucidativo. Como tentativa de dissipar suspeitas de controle por parte do governo norte-americano sobre suas atividades, a instituição previu em sua estrutura um comitê de representação para os Estados chamado *Government Advisory Committee* (GAC). Mas a fim de reforçar o modelo multissetorial adotado, a ICANN não concedeu poder de voto ao GAC, circunscrevendo suas prerrogativas à emissão de pareceres – formalmente não vinculantes – em questões que envolvem assuntos de interesse público, de acordo com o item (a)(iii) da Seção 3.6 das *Bylaws* da organização (ICANN, 2022).

Contudo, na prática o que se revelou foi que esse papel “consultivo” do GAC pode, em determinadas questões, se transformar em forte pressão para que a ICANN, pouco disposta a contrariar governos nacionais, reveja ou reconsidere suas decisões. Ampliando essa influência, as *Bylaws* da ICANN passaram a incluir desde 2002 uma previsão de que, em caso de conflito entre um parecer do GAC e uma decisão tomada pela direção da ICANN, é necessário que haja uma negociação entre as duas esferas. Em um célebre caso em torno do registro do domínio “.xxx”¹¹⁶ a influência governamental se mostrou de forma notável, o que suscitou temores dentro de seu próprio Conselho Diretor: “estou preocupada com o caminho escolhido pelo conselho nesse assunto [...] a ICANN apenas cria problemas para si mesma quando age de forma *ad hoc* em resposta a pressões políticas” escreveu a diretora Susan Crawford sobre o caso do domínio “.xxx” (ICDR, 2010, p. 29).

Casos como esse mostram que a sombra de uma influência governamental indevida sobre decisões tomadas pela ICANN é difícil de ser afastada, mas ao mesmo tempo esse parece ser o custo que a instituição tem a pagar para que parte dos Estados reconheça seu exercício de autoridade como legítimo. Isso quer dizer que autoridades transnacionais também não estão imunes a interferências geopolíticas que visam atravessar seus processos decisórios. Mas como afastar essas influências sem comprometer a ideia de participação? Se fechar completamente à voz dos representantes estatais não parece uma opção viável; sucumbir a ela,

¹¹⁵ “Quanto mais uma instituição internacional exerce autoridade, mais os Estados poderosos, via de regra, se importam em influenciá-la. Como resultado, as instituições internacionais mais dotadas de autoridade, como o Conselho de Segurança da ONU, o FMI e o Banco Mundial, contém mecanismos formais que asseguram que considerações especiais são concedidas a grandes interesses de poder. Portanto, instituições internacionais dotadas de autoridade não apenas introduzem uma hierarquia entre o nível global e o nacional, mas também uma estratificação entre diferentes Estados – isto é, elas institucionalizam desigualdades entre eles.” (ZÜRN, 2018, p. 252).

¹¹⁶ Para uma visão completa sobre o caso, ver Lindsey (2013).

tampouco. Desse modo, instituições como a ICANN veem-se muitas vezes na tarefa de manter um delicado equilíbrio entre aspectos políticos e tecnocráticos, o que fatalmente lhes deixa vulnerável a tentativas de deslegitimação por parte de um algum tipo de ator.¹¹⁷

Retornando ao diagnóstico de Zürn (2018), o autor sugere que processos de legitimação e deslegitimação na governança global emergem basicamente sob duas formas: politização e contrainstitucionalização. A primeira categoria, mais conhecida, se refere a toda gama de fenômenos que visam chamar a atenção para temas de interesse social que são alvo da regulações de autoridades internacionais ou transnacionais. Como observa Zürn (2018, p. 254), essa politização tende a aparecer em menor ou maior grau dependendo do tipo de autoridade envolvida:

O exercício de autoridade política é mais fortemente politizado do que o exercício de autoridade epistêmica, mesmo se esta é politicamente delegada. Isso acontece porque instituições internacionais com prerrogativas para tomar decisões (autoridade política) são mais visíveis e oferecem mais estruturas de oportunidade para a politização; autoridades transnacionais e internacionais com prerrogativas para fazer interpretações (autoridade epistêmica) são, em contraste, menos visíveis e oferecem menos oportunidades de mobilização. Por razões similares, a autoridade pública exercida por instituições transnacionais é frequentemente menos politizada que aquela exercida por instituições internacionais.

Não é difícil visualizar o que a passagem aponta: organismos internacionais como o Conselho de Segurança da ONU e o FMI tendem a estar muito mais na mira de reivindicações feitas por movimentos sociais, por exemplo, do que instituições transnacionais com poderes e autoridades muito mais localizados, como a ICANN ou o FSC. Da mesma forma, a literatura teórica costuma se debruçar muito mais sobre questões de forte impacto social envolvendo representantes da primeira do que da segunda categoria; afinal, grandes poderes correspondem a grandes responsabilidades. Mas nenhum poder é desprezível no cenário transnacional, assim como nenhuma autoridade é livre de questões de legitimação. Logo, a politização permanece sempre como um canal de pressão e manifestação de interesses sociais a ser considerado também nas autoridades públicas transnacionais.

O mesmo acontece em relação ao que Zürn (2018, p. 255) chama de contrainstitucionalização, termo que se refere às “tentativas de construir e/ou utilizar outras instituições internacionais de forma a mudar o status quo institucional” sem romper completamente com ele, isto é, sem deixar o sistema da governança global. Embora esta seja uma tendência manifesta sobretudo no âmbito das autoridades internacionais, não se descarta

¹¹⁷ Mesmo a história de organismos de padronização, reputados como essencialmente técnicos, é frequentemente marcada por esse tipo de disputa, vide o caso da ISO (1997).

que ela apareça também quando consideramos o cenário transnacional, na medida em que muitas vezes se verifica um ambiente de grande competição entre diferentes instituições que executam funções parecidas.

Esse cenário pode se traduzir em conflitos, mas também em iniciativas de cooperação que dão origem à formação de redes mais amplas, como é o caso da ISEAL Alliance, que congrega diferentes instituições envolvidas na elaboração de padrões de sustentabilidade para práticas econômicas de diversos tipos. Tentativas de criar uma internet apartada do resto do mundo como as propaladas por China e Rússia, apesar de pouco relacionadas a insatisfações com a atividade da ICANN em si, tem se utilizado da contrainstitucionalização ao proporem realocar funções dessa autoridade transnacional para a ITU, autoridade internacional (WIRED, 2022). As próprias ameaças de fragmentação já podem ser consideradas como uma afronta ao modelo entrevisto pela ICANN que, conforme seu próprio slogan proclama, vislumbra “um mundo” com “uma internet” (*one world, one internet*).

Por fim, cumpre fazer uma última observação válida mais especificamente para o nosso tema, as autoridades públicas transnacionais, que Zürn (2018) não explora suficientemente muito em razão de seu diagnóstico geral sobre a governança global ser majoritariamente focado nas autoridades internacionais. Nem sempre resta evidenciado que a governança, sobretudo não estatal, seja de fato governança. Já mencionamos essa questão de passagem na última seção do primeiro capítulo, quando tratamos da exigência de continuidade para que se caracterize a formação de uma autoridade. Tomando novamente como base as observações feitas por Bernstein (2010), nos parece necessário aprofundar um pouco mais essa discussão.

Bernstein (2010, p. 93-94) identifica um legado ambíguo no famoso volume sobre governança organizado por Rosenau e Czempiel (1992), que constitui um grande marco inicial bibliográfico sobre o assunto. Por um lado, os textos produzidos na ocasião promoveram com a adoção do termo “governança” um novo vocábulo para tratar da autoridade política sem o controle de Estados territorialmente definidos. Por outro, sua definição minimalista de autoridade política levou muitos autores a “ver governança em quase todo lugar em que aparecia uma ‘ordem com propósito’ ou tentativas de regular interações humanas para o bem comum.”

O risco iminente é semelhante ao das discussões sobre pluralismo jurídico que passamos em revista no capítulo anterior: um termo inflacionado que, na ânsia de não deixar escapar nenhum fenômeno, se torna pouco significativo ou que se revela, em determinados cenários, até mesmo enganoso. Mesmo que eventualmente não contenha o mesmo peso que

“direito” ou “governo”, o termo governança pode conceder uma certa aura de legitimidade a regulações que, no entanto, refletem pouco mais do que desigualdades de poder formalizadas ou então meras declarações de boas intenções de atores privados. Nesse sentido, Bernstein (2010) argumenta que a governança de fato é aquela que representa autoridade política. Na ausência dos processos tradicionais de autoridade política que marcam o contexto estatal, Bernstein (2010, p. 99) aponta quatro “blocos basilares” da noção de governança: “autoridade, validade epistêmica, uma concepção de boas práticas e a instituição de uma racionalidade ou razão prática”. Essa ideia manifestamente ultrapassa uma visão “neutra” ou “objetiva” da governança, conforme o autor explica:

Assim como em relação à governança estatal, um panorama completo da governança global requer atenção não apenas ao poder de comandar, mas também às expectativas normativas e justificativas para a regra compartilhada. Pode-se argumentar então que a governança global digna de seu nome deve também ser “boa” governança. (BERNSTEIN, 2010, p. 99).

À primeira vista, esta afirmação pode soar como uma pretensão teórica ingênua que não se confirma na realidade – se toda a governança fosse “boa”, provavelmente não teríamos tantos problemas de legitimidade sendo levantados. Como falar em “boa” governança, por exemplo, em relação à atuação do Conselho de Segurança da ONU ou do FMI, considerando as pesadas e reiteradas críticas que essas instituições vem sofrendo ao longo dos anos? Mas a interpretação mais apropriada para o que Bernstein (2010) está defendendo nos parece que seja a mesma que fizemos em relação aos princípios normativos de que trata Zürn (2018) – trata-se de uma visão contrafática, que capta a racionalidade subjacente ao conceito mesmo que manifestações fenomênicas por vezes a contrariarem.

Uma governança não faz sentido senão para ser uma “boa” governança, assim como um Estado de direito não tem sentido se não for para perseguir um “bom governo”, isto é, um governo que atenda às “expectativas normativas” difundidas na sociedade e que ofereça justificativas para seu domínio. Em outras palavras, uma governança propriamente dita precisa envolver legitimidade e poder. Ela não é governança se os envolvidos a entendem como voluntária, mas também não é governança se não busca se legitimar – se não busca ser uma “boa” governança para quem ela se endereça. Daí também a relevância de se falar em legitimação, como um processo contínuo de busca por atender as expectativas normativas envolvidas, acima de legitimidade, como um atributo que a instituição possuiria ou não – como se fosse uma questão de tudo ou nada. Tentativas de legitimação de uma autoridade podem eventualmente fracassar, levando a contestações sobre seu caráter de governança. Em

alguns casos, essa crise de legitimação pode ser fatal. Em outros, a crise pode ser administrada. O histórico de resistência da ICANN a inúmeras tentativas de internacionalização da autoridade sobre a internet é um bom exemplo. Mais do que simplesmente se apegar a uma autoridade que originalmente derivou de uma decisão política controversa, este organismo tem buscado constantemente se legitimar pela adoção de regras e procedimentos participativos, transparentes e abertos.

Trataremos mais adiante sobre alguns dos pormenores desse processo, bem como sobre o possível papel que o direito assume em relação a ele. Nesse momento, a fim de melhor compreender o panorama geral que envolve as autoridades públicas transnacionais, trouxemos uma perspectiva generalista sobre governança global que se orienta sobretudo por fundamentos teóricos das relações internacionais e da ciência política, mesmo que por vezes algumas das noções suscitadas também sejam compartilhadas pelo direito – como autoridade e legitimidade. Nos tópicos que se seguem, permaneceremos em uma posição marcadamente interdisciplinar, enfatizando questões que interessam sobretudo à teoria do direito, mas sem evitar noções oriundas de outros campos na medida em que elas apareçam.

Contudo, uma diferença sensível se dá em relação à transição de um ponto de vista majoritariamente descritivo para um ponto de vista normativo. Por mais que o diagnóstico de Zürn (2018) da governança global como sistema possua imbricações normativas, ele é predominantemente descritivo – identifica os atores envolvidos, suas dinâmicas internas, as interações entre eles e os problemas. Nas seções a seguir, abordaremos o que algumas correntes teóricas avaliam como soluções normativas para problemas de legitimação. Nosso propósito central é identificar, em cada concepção teórica, o papel que é projetado ao direito diante do quadro mais geral que estabelecemos como espaço regulatório transnacional. Cada perspectiva estudada parece capaz de oferecer algumas lições importantes ou de trazer à tona questões relevantes para uma perspectiva crítica, a ser detalhada na última seção do capítulo.

3.2 Pressões por democratização: da cidadania transnacional à adoção de padrões de legalidade

Ao mesmo tempo em que gerou preocupações relativas à legitimidade de novos arranjos institucionais, a governança global alimentou expectativas democráticas com o crescimento da participação de atores não estatais na agenda política internacional, sobretudo a sociedade civil e o terceiro setor. ONGs transnacionais com décadas de atuação, como *Greenpeace* e World Wide Fund for Nature (WWF), e iniciativas coordenadas de protesto e

resistência à chamada globalização neoliberal, como o Fórum Social Mundial, ampliaram sua voz no cenário global ao reunirem indivíduos e movimentos de diferentes países em prol de determinados objetivos, como a proteção do meio ambiente e o combate às desigualdades sociais e econômicas. Os “argonautas da cidadania”, na expressão de Liszt Vieira (2001), cruzaram as fronteiras nacionais como forma de tensionar os processos globalizantes que inauguraram um espaço pós-nacional de trocas comerciais livres e dinâmicas econômicas baseadas na financeirização. Se os mercados estão conectados globalmente, as pessoas também podem – e devem – estar.

Em um primeiro momento, esses movimentos alimentaram expectativas sobre a formação de uma “cidadania” no plano global, equivalente ampliado daquela que se estabelece no interior dos Estados. Afinal, não somos apenas cidadãos e cidadãs dos Estados nacionais, mas também do mundo: trata-se da ideia elementar, trazida ao menos desde Kant, do que veio a se chamar de cosmopolitismo. Segundo essa concepção, a mera participação dos Estados no sistema internacional não se mostra como uma garantia de que regulações transfronteiriças serão legítimas. Em muitos casos, os Estados não encapam suficientemente uma defesa da “humanidade” e podem estar representando interesses contrários ao de muitos indivíduos que o habitam. A questão ambiental é o lugar mais notável para se observar isso, e a recusa dos Estados Unidos em aderir ao Protocolo de Kyoto um de seus exemplos mais famosos.

Pode-se dizer que, apesar dos desafios enormes já existentes à época, o ambiente do final do século XX e início do terceiro milênio favorecia a ideia de que uma cidadania “transnacional”, “mundial” ou “global” era um objetivo difícil, mas factível. Se por um lado reconhecia-se a dificuldade de integrar públicos transnacionais, que não contam com uma identidade nacional comum, em prol de um conjunto de objetivos compartilhados, por outro lado experiências de integração supranacional como a União Europeia ou de formação de redes transnacionais organizadas de protesto representavam um impulso para a formulação de uma cidadania pós-estatal.

Contudo, uma integração desse tipo parece hoje largamente desacreditada enquanto proposta global. Não somente pela recente ascensão de governos nacionalistas e populistas em diversas partes do mundo, mas também em razão de problemas conceituais subjacentes à própria de uma cidadania de âmbito universal (COSTA, 2005). Quando trata de cidadania transnacional, a bibliografia contemporânea basicamente se refere a entidades supranacionais, com a União Europeia indubitavelmente na condição de maior exemplo (quando não o único). Além de superar déficits teóricos, projetos de cidadania transnacional ou mundial dependem

sobremaneira de um cenário de cooperação entre os Estados, exatamente o contrário do que tem se observado nos últimos anos. Mesmo que essa situação política venha a ser superada, é difícil imaginar que esforços conjuntos de uma verdadeira “sociedade civil global” irão se sobrepor aos múltiplos particularismos existentes no mundo.

Como reflexo disso, o que se observou no plano teórico com o passar dos anos foi um paulatino abandono de projetos teóricos mais ambiciosos sobre cidadania transnacional (Weinstock, 2001; Stokes, 2004) em direção a prognósticos mais sóbrios, que compreendem a cidadania mais como horizonte utópico disposto a estimular discussões sobre participação e pertencimento no plano global do que como possibilidade concreta, alcançável por meio de estruturas institucionais (KOENIG-ARCHIBUGI, 2012). O próprio vocábulo cidadania, carregado de conotações fortes em sua origem democrática estatal, foi aos poucos cedendo lugar a diagnósticos sobre a formação, no máximo, de uma “sociedade civil” transnacional (Price, 2003; Oxhorn, 2007).

De certa forma, a existência de algo que pode ser chamado de sociedade civil no plano internacional remete a décadas anteriores, com a formação de redes transnacionais¹¹⁸ dispostas a reivindicar soluções para diferentes áreas de preocupação internacional, como direitos humanos e de minorias específicas, questões ecológicas ou relações de trabalho. Mas essa sociedade civil pós-estatal não chega a formar uma comunidade política semelhante à observada no contexto estatal, onde indivíduos manifestam diferentes interesses sobre múltiplas áreas da vida social e utilizam-se sobretudo dos canais de participação abertos pela política institucionalizada ou outros canais que eles próprios mobilizam para fins políticos (mídia tradicional, movimentos sociais ou, mais recentemente, o espaço digital ofertado pelas plataformas de tecnologia).

Se é possível falar em uma sociedade civil transnacional, ela faz sentido especialmente como conjunto de redes transnacionais que reúnem indivíduos, empresas e organismos do terceiro setor em torno de determinadas áreas ou problemas regulatórios. Em um importante trabalho pioneiro sobre a participação organizada de atores não estatais no cenário internacional, Keck e Sikkink (1998) já apontavam que as chamadas redes de *advocacy*, compostas por diferentes atores e normalmente capitaneadas por ONGs¹¹⁹, são a principal

¹¹⁸ Sobre o conceito de redes transnacionais, ver Keck e Sikkink (1998).

¹¹⁹ “Atores principais das redes de *advocacy* incluem os seguintes: (1) organizações de pesquisa e *advocacy* não governamentais internacionais e domésticas; (2) movimentos sociais locais; (3) fundações; (4) a mídia; (5) igrejas, sindicatos, organizações de defesa do consumidor e intelectuais; (6) partes de organizações intergovernamentais regionais e internacionais; e (7) partes de ramos executivos ou parlamentares de governos. Nem todos estarão presentes em cada rede de *advocacy*. Pesquisas iniciais sugerem, no entanto, que ONGs internacionais e domésticas desempenham um papel central em todas as redes de *advocacy*, normalmente

forma que estes atores encontraram de influenciar posições de Estados e de poderosos atores econômicos globais. Teríamos assim uma multiplicidade de pequenas “comunidades políticas” baseadas não mais no pertencimento a territórios ou a uma noção de cidadania global, mas na defesa de interesses e reivindicações sobre temas específicos.

Diante desse cenário, pode soar duvidoso falar propriamente em uma sociedade civil, expressão que no contexto estatal sugere um público razoavelmente definido a quem as autoridades endereçam suas normas e um determinado espaço social de aceitação e contestação. Esse parecer ser um dos motivos que levaram, aliás, Keck e Sikkink (1998) a evitar esse termo ao falar em redes transnacionais.¹²⁰ Mas como o próprio fenômeno de formação de redes transnacionais não é algo isolado, mas que representa uma verdadeira tendência em diversas áreas que por vezes interagem ou se comunicam, talvez seja útil referi-lo a partir de uma única expressão. Nesse sentido, o termo “domínio público global” proposto por Ruggie (2004, p. 504) se apresenta como alternativa:

A noção de Wapner de uma “política cívica mundial” associada a organizações da sociedade civil e o conceito de Cutler de “governança privada” associada a corporações transnacionais são os dois blocos fundantes do que eu chamo de novo domínio público global – uma arena transnacional cada vez mais institucionalizada de discurso, contestação e ação em relação à produção de bens públicos globais, envolvendo tanto atores privados como públicos.

Falar em um domínio público global como uma “arena de discurso, contestação e ação” submetida a crescentes processos de institucionalização é uma forma de se referir a um espaço de participação em que atuam representantes do que, no contexto estatal, chamaríamos de sociedade civil. Mas ao evitar tratar esse coletivo como uma sociedade civil, essa expressão chama a atenção para o fato de que não há, no plano transnacional, um claro equivalente à noção de *demos*, o povo a quem as democracias estatais se referem.

Essa observação nos reconecta com um tema que já antecipamos na seção anterior, e que na verdade reside no núcleo das tentativas de identificar uma cidadania ou uma sociedade civil transnacionais: a possibilidade de pensar a democracia para além do contexto estatal constitui, na visão de parte significativa da literatura, uma condição indispensável para a legitimidade da governança global.

iniciando as ações e pressionando os atores mais poderosos a tomar posição. ONGs introduzem novas ideias, oferecem informação e fazem *lobby* por mudanças políticas.” (KECK; SIKKINK, 1998, p. 17).

¹²⁰ “Nos referimos a redes transnacionais (em vez de coalisões, movimentos ou sociedade civil) para evocar a dimensão estruturada e estruturante nas ações destes agentes complexos, que não apenas participam de novas áreas políticas mas também as definem.” (KECK; SIKKINK, 1998, p. 12).

Um dos primeiros autores a sistematizar as discussões sobre democracia no espaço transnacional, John Dryzek (1999, p. 43-48), constatou três pontos importantes que ainda permanecem válidos para discussões mais atuais. Em primeiro lugar, a ideia de que o conceito de democracia deve ser desvinculado das ideias de Estado ou de fronteira. Segundo, a consideração de que a sociedade civil – ou alguma concepção equivalente – adquire um papel fundamental nos esforços democráticos na nova constelação transnacional. E terceiro, a noção de que a busca por legitimidade democrática em regulações transnacionais envolve, mais do que nunca, experimentação. É possível dizer que a maior parte da bibliografia contemporânea concorda com esses três aspectos, mas há importantes margens de desacordo em relação à importância e à definição de cada um deles.

O primeiro ponto se trata, na verdade, de um pressuposto básico do debate. Autores como Robert Dahl (1999), que não compartilham da visão de que uma democracia para além do Estado é possível, se limitam a dizer que qualquer tentativa de efetivar a democracia no espaço transnacional deve ser rotulada como ilegítima. Argumentam que existem atributos democráticos essenciais que somente podem ser encontrados no interior dos Estados (povo constituinte, comunidade política etc.), o que comprometeria sua reprodução no âmbito transnacional. Sustentar essa posição hoje é algo problemático em ao menos dois sentidos.

Primeiro, seria preciso desconsiderar o atual contexto de crise da própria noção de legitimidade democrática estatal, fruto de um longo processo de transformação na percepção dos indivíduos em relação aos centros de poder e decisão tradicionais (ROSANVALLON, 2011; ZÜRN, 2018). Como manifestações recentes ao redor do mundo têm demonstrado, o modelo de democracia representativa que caracteriza a maior parte sistemas políticos ocidentais não parece se fazer suficiente para garantir que a voz dos indivíduos seja de fato ouvida por seus governantes. Esse fato não precisa ser visto como um atestado da ineficiência das condições atuais de democracia representativa¹²¹, mas pode significar um presságio de que novas formas de legitimação que não dependam dos meios tradicionais possam surgir.

Em vez de argumentar que regulações transnacionais não podem se legitimar democraticamente, parece mais razoável considerar que a própria noção de legitimidade democrática está passando por transformações – tanto dentro quanto fora dos domínios estatais. A legitimidade democrática no espaço transnacional certamente não será conduzida nos mesmos moldes da democracia estatal, mas não nos parece útil radicalizar essa diferença

¹²¹ Até porque um fator considerável dessa crise é externo: os Estados perderam boa parte de sua capacidade de investir em políticas públicas ao ficarem expostos às dinâmicas da financeirização global, como mostrou Streeck (2018).

a ponto de dizer que somente nesse último caso encontraremos uma legitimidade plena, sob pena de ignorar uma série de fenômenos regulatórios de grande impacto em nosso cotidiano.

Parece mais produtivo pensar em como a ideia de democracia poderá ser transposta ao cenário transnacional, sabendo-se de antemão que existem diferenças importantes em relação ao contexto nacional. Uma delas é o fato de que, em muitos casos, não há instâncias centralizadoras com autoridade previamente definida na maioria dos assuntos transnacionais em disputa. Consequentemente, diferentes conjuntos de regras, processos e instituições vão tomando forma no intuito de regular atividades ou confrontar problemas muitas vezes inéditos. Esse cenário abre espaço para experimentos de autorregulação e altera as condições sob as quais padrões de legitimidade democrática podem ser pensados e atingidos. Não será razoável exigir, por exemplo, que cada regime jurídico transnacional adote processos amplos de participação que envolvam todos os seus potenciais interessados.

Em segundo lugar, posições céticas em relação à possibilidade de democracia tendem a reduzir o debate sobre legitimidade a considerações sobre como renacionalizar questões ou repolitizá-las sob formas globais compensatórias – tentativas que Teubner (2016, p. 25) acertadamente mostrou serem infrutíferas, pois desconsideram que a governança global adquiriu um “motor” próprio. Diante desse cenário, 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 Andrew Moravcsik (2004), deve estar muito bem calcada em um conceito de democracia filosoficamente coerente que atente às possibilidades reais de cada instituição analisada.

O segundo ponto levantado por Dryzek (1999), que versa sobre o papel da sociedade civil, é provavelmente o menos consensual no debate teórico sobre transnacionalização. Como já mencionamos, a medida de coesão necessária e o nível de impacto social a ser esperado de uma sociedade civil transnacional têm sido objeto de diversas apreciações. Já vimos que integrações mais fortes em torno de uma concepção de cidadania transnacional encontram muitas dificuldades práticas e teóricas para avançar. Em contrapartida, redes transnacionais que influenciam iniciativas setoriais ou orientadas por problemas têm se mostrado cada vez mais prósperas no cenário transnacional. O que não tem ficado muito evidente, porém, é que papel uma concepção de sociedade civil pode desempenhar nesses arranjos.

Essa dificuldade está relacionada àquele que parece ser o maior desafio a concepções de democracia transnacional: a já mencionada ausência de um *demos* transnacional. Mesmo

levando em consideração regimes específicos, nem sempre fica evidente quem são os destinatários das regras. Se pensarmos nas decisões que afetam a estrutura básica da internet, por exemplo, é praticamente impossível circunscrever a totalidade de usuários que formariam o *demos* do ciberespaço. Além disso, a esmagadora maioria desses usuários certamente não possui o conhecimento técnico necessário para identificar os melhores gestores das tarefas que uma organização como a ICANN executa. Isso não quer dizer que a própria ICANN não deva dispor – como aliás dispõe – de canais de comunicação onde os usuários possam se manifestar sobre o que é decidido. Significa somente que alguns mecanismos democráticos de participação reputados como componentes fundamentais das democracias estatais são dificilmente transponíveis a regulações transnacionais desse tipo.

Por fim, o terceiro aspecto apontado por Dryzek (1999) diz respeito à demanda por experimentação. Muitas questões que aparecem no cenário internacional são inéditas, o que demanda a tomada de decisões não menos inéditas. Mas essas decisões precisam, de forma semelhante ao que acontece no contexto da administração estatal, ser apoiadas por estruturas, regras e processos. Enquanto no âmbito nacional a formação de uma burocracia tem o papel de garantir que a atuação estatal se dará nos limites da legalidade, regimes e organismos jurídicos transnacionais muitas vezes não são desenhados com essa preocupação em vista, até porque os critérios de legalidade adotados são principalmente construídos em torno dos próprios problemas regulatórios que vão surgindo.

Esse dilema entre a demanda por experimentação e a necessidade de se adotar critérios normativos (igualdade de participação, proteção de direitos, justiça, sustentabilidade) parece ser uma tônica nos debates sobre legitimidade e sobre a possibilidade de democracia no espaço regulatório transnacional. É perceptível uma tensão 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 da experimentação.

Evidentemente, essa divisão reflete muito mais uma questão de ênfase do que propriamente uma oposição radical. Abordagens predominantemente normativas não podem negar a demanda por experimentação, uma vez que eventuais processos de democratização do direito transnacional raramente possuem precedentes de qualquer tipo. Assim, a adoção de ideais políticos normativos precisa se pautar por diagnósticos efetivos sobre as possibilidades

concretas de realização democrática no espaço transnacional. Por outro lado, o apelo por experimentação sem um conjunto de critérios normativos explícitos pode redundar em mera descrição das práticas existentes, contribuindo para legitimar assimetrias de poder que tendem a se reproduzir no cenário transnacional. Em outras palavras, quem parte de critérios normativos sabe que as respostas não estão dadas de antemão; quem parte da observação de novas experiências sabe que elas precisam apontar para algum caminho.

Uma importante visão calcada fundamentalmente na assunção de ideais normativos é a representada pela democracia cosmopolita. Segundo Bohman (2007, p. 172), antes da emergência dos debates sobre governança global na década de noventa, a maior parte das discussões filosóficas do cosmopolitismo se centrava em assuntos de justiça distributiva global; especialmente após o fim da Guerra Fria, no entanto, o cosmopolitismo passou a discutir as “consequências destrutivas da globalização sem integração política”. Para Archibugi (2012, p. 10), esse cenário carregava uma contradição incabível: “a democracia é pregada como o sistema político universalmente superior da era global, mas a globalização não é regida de acordo com valores democráticos”.

Assim, desde seus trabalhos precursores (ARCHIBUGI; HELD, 1995; HELD, 1995) a literatura que se insere nessa 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, trata-se de 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).

Segundo Archibugi (2012, p. 10-11), a democracia cosmopolita se baseia em dois pressupostos: primeiro, a evidência empírica de que os Estados são soberanos de direito, mas não completamente independentes de fato, uma vez que há uma série de questões transfronteiriças que demandam diálogo e cooperação entre eles; segundo, a assunção de que a política externa dos países democráticos não é por si só mais virtuosa do que a daqueles não democráticos, uma vez que mesmo democracias podem se mostrar capazes de defender seus interesses por meio espúrios.¹²² Enquanto o primeiro ponto apenas reflete um pressuposto

¹²² De acordo com esse argumento, guerras em nome da “exportação” da democracia não são justificáveis. Em vez disso, Archibugi (2012, p. 11) sugere que um sistema internacional mais democrático pode influenciar na

geral sobre a globalização, o segundo indica que não basta ao sistema político internacional que se aumente o número de democracias existentes no mundo (embora isso seja desejável do ponto de vista da democracia cosmopolita) enquanto os Estados continuarem se comportando no plano internacional de uma maneira que contraria suas próprias constituições democráticas internas.

Os princípios democráticos só poderiam ser plenamente sustentados no plano global se tomarmos a máxima cosmopolita como horizonte, isto é, se formos capazes de enxergar cidadãos e cidadãs como podendo pertencer ao mesmo tempo a seus Estados nacionais e ao mundo.¹²³ Isso só é possível com um sistema internacional que leve a sério os pressupostos democráticos, ainda que sob formas distintas das encontradas no contexto doméstico. Essa mudança passa, segundo Archibugi (2012, p. 15), por 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”.¹²⁴

Trataremos da questão do *rule of law* e da importância da participação de *stakeholders* em mais detalhes adiante, pois ambos interessam diretamente à discussão sobre legitimação das autoridades transnacionais. Já o terceiro ponto, que diz respeito a um possível parlamento mundial, na verdade evidencia o quanto os projetos de democracia cosmopolita parecem voltados sobretudo ao papel das autoridades internacionais e, em especial, às organizações intergovernamentais que possuem grandes responsabilidades. Mesmo que afastemos por um momento seus obstáculos teóricos e práticos, a democracia cosmopolita não parece ter muito a dizer diretamente sobre o contexto das autoridades transnacionais. Contudo, sua insistência na difusão de ideais democráticos carrega uma mensagem potencialmente útil, na medida em que pressões por democratização também se estabelecem nesse âmbito. Na prática, aliás, é inclusive mais provável que pressões democráticas sejam mais facilmente acolhidas por

adoção de formas democráticas: “a democracia cosmopolita sugere que um sistema internacional baseado na cooperação e no diálogo é uma condição fundamental para impulsionar progressos democráticos em cada país e também permitir que pessoas vivendo sob ditaduras mudem seu regime de forma endógena.” Ou seja, não se abandona a ideia de que a democracia é, em última instância, um sistema político a ser universalizado.

¹²³ A respeito do que se poderia considerar como o núcleo de um entendimento comum sobre democracia, dada suas muitas variantes, Archibugi (2012, p. 12) aponta para três elementos: “a aceitação do princípio de não violência entre as várias facções ou partidos políticos, a igualdade política entre os membros da comunidade e o controle popular sobre decisões e tomadores de decisão”.

¹²⁴ Em sua breve revisão sobre as ideias iniciais que inspiraram a democracia cosmopolita, Archibugi (2012) parece ter incorporado críticas como as de William Scheuerman (2008) a respeito de uma interpretação equivocada do *rule of law* contida nas versões anteriores do projeto (ARCHIBUGI, HELD; 1995; HELD, 1995; ARCHIBUGI, HELD; KOEHLER, 1998). Para Scheuerman (2008), é importante não confundir proteção de direitos com *rule of law*: a garantia de instâncias adjudicatórias com poderes como pretendiam Held e Archibugi (1995) não atende às aspirações de se estabelecer um direito baseado em normas gerais, claras, públicas e estáveis. A ideia do *rule of law* foi posteriormente incluída, portanto, como um ideal normativo a ser seguido no espaço transnacional.

autoridades transnacionais do que internacionais. Uma autoridade transnacional como a ICANN, por exemplo, tende facilmente a atingir patamares democráticos mais elevados que organismos internacionais como a ITU, conforme Ingo Take (2012) sugeriu através de uma análise comparativa.¹²⁵

Se por um lado a democracia cosmopolita entrevista por Archibugi (2012) não deixa exatamente claro o que o cosmopolitismo acrescentaria à discussão sobre autoridades transnacionais, por outro lado há que se ter em conta de que a tradição cosmopolita é extremamente rica em modelos teóricos, comportando outras versões que possivelmente contribuam mais para nosso debate. Em Seyla Benhabib (2006), por exemplo, é possível encontrar uma articulação bastante original entre o cosmopolitismo e a teoria crítica de inspiração frankfurtiana. Mais recentemente, discussões sobre cosmopolitismo institucional (KLATT, 2015; LOURME, 2019) têm apontado para uma tendência em substituir modelos tradicionais baseados na ideia de uma cidadania global por análises das potencialidades de instituições já existentes no cenário transnacional. Trata-se de um diagnóstico que, à primeira vista, é muito bem-vindo na perspectiva das autoridades transnacionais.

Outra concepção cosmopolita que levanta ao menos um aspecto a ser destacado é a proposta por James Bohman. Contestando a prevalência das concepções “cívicas” de cosmopolitismo, que alimentam uma proposta política liberal pouco atrativa¹²⁶, Bohman (2006, p. 352) sugere uma versão republicana de cosmopolitismo como alternativa viável:

Se queremos manter nosso compromisso tanto com direitos quando com a democracia, então também devemos nos comprometer com o estabelecimento de uma comunidade política internacional que é implicada por direitos humanos como direitos políticos e por direitos políticos como direitos humanos. O republicanismo nos diz que não podemos instituir essas normas sem uma comunidade política devidamente organizada.

¹²⁵ Ao comparar, por meio de seis indicadores distintos, três das organizações que participam ou almejavam participar da regulação da infraestrutura da internet – ICANN, ITU e WSIS – Take (2012) concluiu que, em um registro geral, a multissetorial ICANN possui um maior grau de legitimidade do que as multilaterais ITU e WSIS, especialmente no que se refere a indicadores de representatividade e mecanismos de *accountability*. Evidente que tal comparação possui limitações. Além da considerável diferença reconhecida pelo próprio Take (2012) entre as três organizações, elas não executam exatamente as mesmas funções. Na verdade, como o estabelecimento da ICANN fechou as portas para que ITU, WSIS ou qualquer outro arranjo pudessem exercer a autoridade sobre a alocação de nomes e números na internet, qualquer comparação nesse sentido é imperfeita. Ao mesmo tempo, essa nos parece a única tentativa possível de se aproximar minimamente de uma resposta à questão sobre qual instituição exerceria autoridade sobre a internet de uma forma legítima.

¹²⁶ De acordo com Bohman (2006, p. 336), “O cosmopolitismo político liberal se baseia em conceitos não reconstruídos de autodeterminação democrática e em direitos de cidadania tomados de empréstimo de forma mais ou menos direta do contexto nacional, tornando difícil entender as motivações para se entrar em uma nova forma de comunidade política onde tais conceitos podem não se aplicar.”

Postulando a necessidade de uma organização institucional para promover direitos em um ambiente de dominação justificada, e de que esses direitos sejam entendidos simultaneamente como humanos e políticos, o autor se vê confrontado com a multiplicidade de regimes que ocupam o espaço regulatório transnacional, que contam com dinâmicas e públicos específicos. Sua solução para esse suposto conflito aparece na proposta de uma democracia que renuncia à ideia de *demos* global em prol da afirmação de múltiplos *demoi*. Uma vez que o problema de teoria democrática que coloca no plano internacional não é o de como preservar a democracia estatal e nem o de promovê-la da mesma forma para além das fronteiras do Estado, mas de estabelecer um novo tipo de democracia, Bohman (2007, p. 21) propõe que não apenas a forma institucional dela mude, mas também o sujeito político ao qual ela se refere. Assim como houve uma transformação nos primórdios do Estado moderno graças ao advento da concepção de democracia representativa, estaríamos agora em face de uma segunda transformação: “de um sujeito singular para um sujeito plural, de *demos* para *demoi*”.

Kevin Gray (2020, p. 264) observa que a proposta de Bohman “é uma importante descentralização do ideal democrático”, e que a “referência a múltiplos *demoi* permite à teoria crítica desenvolver uma teoria dos direitos e da representação.” Ainda que o foco de Gray (2020) seja o direito internacional, nos parece válido ampliar essa afirmação para o âmbito das autoridades transnacionais. A ideia de múltiplos *demoi* fornece uma justificativa para que o discurso sobre democracia não seja facilmente descartado em prol de um fechamento à participação baseado em dinâmicas tecnicistas.

Ainda em relação ao cosmopolitismo, não se pode deixar de mencionar finalmente a referência que Habermas (1997) representa às propostas cosmopolitas, especialmente em razão de sua concepção de democracia deliberativa. O próprio Habermas (2001; 2006) tratou de reavaliar as possíveis contribuições de seu modelo teórico diante das transformações pós-nacionais em curso, ocasião em que se situou mais propriamente como partidário de uma terceira via entre realistas e cosmopolitas, que pensa a democracia a partir das instituições existentes a nível transnacional. Veremos a seguir como essa posição desemboca na ideia de uma constitucionalização do espaço regulatório transnacional.¹²⁷

Retomando nossa exposição até aqui, vimos que as pressões por democratização no âmbito da governança global foram sendo captadas pela teoria e expressas em torno do

¹²⁷ A obra de Habermas também tem sido lida sob outras óticas além do cosmopolitismo ou da própria teoria crítica frankfurtiana da qual faz parte. Sua ideia de democracia deliberativa tem sido tomada de forma analítica, por exemplo, como base teórica para avaliar a qualidade democrática de iniciativas multissetoriais (MENA; PALAZZO, 2012; HAHN; WEIDTMANN, 2016; MARTENS; LINDEN; WÖRSDÖRFER, 2017).

estabelecimento de ideais normativos. Dependendo do ponto de vista, poderíamos dizer que tais propostas foram se tornando mais modestas com o passar do tempo ou que caminharam em direção a um aperfeiçoamento progressivo na medida em que as dinâmicas do espaço regulatório transnacional foram sendo mais bem compreendidas. Ideais de uma cidadania transnacional de base cosmopolita foram cedendo espaço a diagnósticos sobre uma maior especialização e propostas de adoção de alguns princípios democráticos. O termo “sociedade civil transnacional” hoje parece designar menos um objeto amplo e potencialmente unificado (como uma sociedade civil que se põe diante de um Estado) do que um conjunto de manifestações esparsas que assumem dinâmicas distintas. As altas aspirações do cosmopolitismo cívico são substituídas pelas propostas de reforma do cosmopolitismo republicano ou pelo diagnóstico imanente do cosmopolitismo institucional.

Nesse cenário, a própria aplicabilidade da ideia de democracia no contexto transnacional passa a ser questionada. Não porque ela envolveria elementos fundamentais só encontráveis no âmbito doméstico, mas porque ela talvez represente um ideal excessivamente demandante ou distante da realidade prática do espaço transnacional. Essa é a opinião, por exemplo, de Buchanan e Keohane (2006, p. 416), que descartam o que eles chamam de “visão da Democracia Global”:

Uma vez que a democracia é amplamente vista como o padrão de excelência da legitimidade no caso do Estado, pode parecer óbvio que as instituições de governança global sejam legítimas se e apenas se elas sejam democráticas. [...] Chamemos isso de visão da Democracia Global. A dificuldade mais óbvia dessa visão é que as condições sociais e políticas que a democracia precisa não são encontradas a nível global, e não há razão para se pensar que elas venham a ser encontradas em um futuro próximo.

Contraopondo-se a essa visão, Buchanan e Keohane (2006) articulam a adoção de um “standard público global” para avaliar a legitimidade de instituições de governança global. Partindo de uma definição objetiva de legitimidade como “direito de governar”¹²⁸, que se distingue do atendimento de interesses, os autores chegam a um conjunto de três critérios substantivos reputados como indispensáveis para alcançá-la: aceitabilidade moral mínima, benefício comparativo e integridade institucional. Em suma, para que uma instituição de governança global seja considerada legítima segundo o padrão proposto pelos autores ela precisa se mostrar necessária e razoável à luz de seus possíveis interessados (benefício

¹²⁸ “A legitimidade no caso da governança global é, portanto, o direito de governar, entendido em dois sentidos: os agentes institucionais estão moralmente justificados a produzirem regras e a assegurar a conformidade em relação a elas e os indivíduos sujeitos a tais regras possuem razões morais, independentes do conteúdo, para segui-las ou para não interferir na conformidade de outrem em relação a elas”. (BUCHANAN; KEOHANE, 2006, p. 411).

comparativo), executar suas funções de forma fiel ao que propala (integridade institucional) e se abster ao menos de violações de direitos humanos (aceitabilidade moral mínima).¹²⁹

Entretanto, Buchanan e Keohane (2006, p. 425) reconhecem a existência de sérios desafios à aplicabilidade desses critérios na realidade, sobretudo em razão do problema do conhecimento fatural (como saber que as instituições estão realmente fazendo aquilo que dizem estar fazendo?) e da existência de desacordos morais sobre, por exemplo, como estabelecer padrões mais elevados – para não falar em possíveis discordâncias sobre o que efetivamente conta como violação de direitos humanos. Como forma de contornar essas dificuldades, os autores acrescentam dois critérios epistêmicos à legitimidade das instituições de governança global: *accountability* e transparência.

A adoção de critérios de legalidade imbuídos de princípios normativos em vez da transposição de uma concepção normativa de democracia nos parece uma saída interessante à primeira vista. Contudo, nos parece haver ao menos dois problemas na proposta de Buchanan e Keohane (2006). Em primeiro lugar, ela restringe o termo “instituições de governança global” aos organismos multilaterais.¹³⁰ Evidente que nossa desaprovação poderia estar relacionada à aparente exclusão do nosso tema central, mas acreditamos que esse não é um problema apenas para um trabalho sobre autoridades transnacionais. Embora esse seja um foco a certo ponto justificável em razão da importância das autoridades internacionais, corre-se o risco de limitar indevidamente muitas dinâmicas da governança global que emergem precisamente da interação entre autoridades internacionais e transnacionais. Além disso, parte-se de uma imagem dificilmente sustentável do multilateralismo enquanto estrutura bem definida e incorporada de forma praticamente idêntica por organismos diferentes como a ONU ou o FMI.

Mas consideremos por um instante que um reenquadramento do objeto seja suficiente para que a proposta de Buchanan e Keohane (2006) contorne essa primeira crítica. Afinal, os organismos multilaterais ainda são um objeto razoavelmente separável do resto da governança

¹²⁹ Estes três fatores se relacionam da seguinte forma: “Quando a condição de benefício comparativo é satisfeita, a instituição oferece bens que não são prontamente obtidos sem ela. Esses bens só podem ser prontamente oferecidos, no entanto, se a coordenação é alcançável. Alcançá-la sem custos excessivos requer que os agentes relevantes vislumbrem as regras da instituição como presumivelmente vinculantes – isto é, que eles levem em consideração que a regra promulgada pela instituição possui uma razão para ser cumprida que independente de seu conteúdo. O valor instrumental das instituições que satisfazem a condição de benefício comparativo também dão aos indivíduos uma razão independente de conteúdo para não interferir no funcionamento das instituições. A satisfação da aceitabilidade moral mínima exclui as objeções morais mais sérias que poderiam prejudicar as razões instrumentais para suportar a instituição.” (BUCHANAN; KEOHANE, 2006, p. 436).

¹³⁰ “‘Instituições de governança global’ cobre uma diversidade de entidades multilaterais, incluindo a OMC, o FMI, várias instituições ambientais como o regime sobre mudanças climáticas construído em torno do Protocolo de Kyoto, redes de juízes e reguladores, o Conselho de Segurança da ONU e o novo Tribunal Internacional de Haia.” (BUCHANAN; KEOHANE, 2006, p. 406).

global, no que faria sentido articular uma proposta voltada para eles. Mas mesmo nesse caso é questionável se a abordagem de um standard público global é útil. Em que pese reconhecerem a todo momento a existência de uma pluralidade de visões sobre legitimidade, os autores a reduzem como um “direito de governar” potencialmente aferível, no limite, por uma resposta do tipo sim ou não.

Buchanan e Keohane (2006, p. 424) ressaltam que essa resposta não pode ser tão implacável, “porque pode haver condições extraordinárias sob as quais uma instituição falharia em satisfazer uma ou duas [das condições], mas ainda assim seria razoavelmente vista como legítima”. É certamente questionável a utilidade de standards que “condições extraordinárias” – um termo que abre uma série de interpretações – podem eventualmente afastar. Mas digamos que eles permaneçam importantes, apesar disso, como princípios normativos.¹³¹ Teríamos então uma espécie de *checklist* de legitimidade, que no limite afirma se uma instituição tem ou não o direito de governar. Mas esse também não nos parece ser um retrato fiel sobre as condições de legitimação na governança global, mesmo no âmbito das autoridades internacionais. Como o diagnóstico de Zürn (2018) sugere, a governança global é um cenário de constantes processos de legitimação e deslegitimação baseados em uma série de razões, das mais estratégicas às mais “idealistas”. A proposta de Buchanan e Keohane (2006), portanto, desconsidera que a questão fundamental é a condução de processos de legitimação.

De outra parte, uma proposta mais atenta a essas circunstâncias e que também escapa de discussões mais amplas sobre democracia em prol da defesa normativa de critérios de legalidade no espaço regulatório transnacional é a do Direito Administrativo Global (DAG). Essa corrente de pensamento inaugurada por Kingsbury, Krisch e Stewart (2005, p. 17) parte da ideia de que boa parte da governança global é realizada nos moldes da ação administrativa encontrada nos Estados, e busca assim identificar o "conjunto de mecanismos, princípios, práticas e compreensões sociais de apoio que promovem ou de alguma forma afetam a *accountability* dos órgãos administrativos globais" para que eles "obedeçam a padrões adequados de transparência, participação, decisão motivada e legalidade, com a possibilidade de revisão efetiva das normas e decisões adotadas".

¹³¹ Mesmo essa afirmação seria controversa, ao menos se pensarmos na forma como Zürn (2018) emprega a noção de princípios normativos. A noção de bens comuns, por exemplo, é uma das bases para se pensar a emergência de autoridades no plano global. A própria razão de ser delas é cuidar desses bens comuns, ainda que na prática venham a ser observados comportamentos e ações eventualmente contrários a esse propósito. Mas não se pode dizer o mesmo da “aceitabilidade moral mínima” ou do “benefício comparativo” que Buchanan e Keohane (2006). Eles não se tratam de promessas que podem ser cobradas das instituições em razão de sua própria lógica, mas construções conceituais baseadas em um ideal normativo de legitimidade.

Dessa forma, o Direito Administrativo Global se propõe a investigar práticas regulatórias de organismos, estruturas e arranjos institucionais que exerçam funções de governança transnacional e que contem com reconhecimento público. A ideia de um governo cuja autoridade deriva de um poder constituinte originário (parte do que podemos chamar de um *pedigree* do constitucionalismo estatal) é substituída por práticas de “boa governança”, isto é, uma série de *standards* de transparência, justificação e *accountability*. Estabelece-se uma continuidade em relação à tradição do direito público estatal em termos de ideais básicos e práticas operacionais, entre elas a adesão a princípios de legalidade, racionalidade e proporcionalidade, respeito ao *rule of law* e aos direitos humanos básicos. Em vez de contestar a legitimidade das fontes decisórias, o DAG procura observar a legitimidade das decisões tomadas, se feita com base nos princípios mencionados ou não. Não há pretensão de se falar propriamente em um “constitucionalização” transnacional, mas em reflexos da estrutura constitucional estatal que se irradiam para as instâncias decisórias pós-estatais.

Mas uma crítica possível ao DAG, trazida por Somek (2009, p. 987), diz respeito à inclinação desta abordagem “em descrever processos que não dão origem a atos juridicamente vinculantes como se eles fossem constituídos pelo direito administrativo”, enquanto esses mesmos processos poderiam descritos meramente como “instâncias de conduta permissível”. Esse não é nada mais do que um desdobramento de uma questão recorrente que abordamos no primeiro capítulo da tese: a tendência de se falar em direito em situações em que regulação, governança ou administração (*management*) seriam termos mais apropriados. Como vimos anteriormente, mais do que um problema terminológico, o que se apresenta é a preocupação de que falar em direito crie mais confusão do que eventuais vantagens teóricas.

De um modo geral, podemos dizer que pressões por democratização no espaço jurídico transnacional historicamente se deram sobretudo em torno da atividade de instituições da “grande” governança global, como Banco Mundial, FMI ou o Conselho de Segurança de ONU. No entanto, muitos dos pontos discutidos pelas propostas teóricas que procuram traduzir essas pressões por meio do estabelecimento de padrões normativos de legitimidade se mostram aproveitáveis para nossa discussão sobre autoridades públicas transnacionais. Admitindo-se o potencial contestatório de práticas organizadas ao redor do mundo, é difícil esperar que as mobilizações da “sociedade civil” transnacional impactem os organismos da governança global sem uma estrutura organizacional correspondente que permita que suas opiniões sejam levadas em conta – e isso vale tanto para autoridades internacionais da mais alta centralidade, como a ONU, como para arranjos mais específicos, como a ICANN.

Evidente que as semelhanças entre instituições desse porte são bastante limitadas, não indo muito além do fato de que há expectativas de legitimação e a necessidade de se criar regras e processos ou chegar a resultados que façam jus a elas. Tanto a magnitude e o tipo dessas expectativas como os caminhos para transformá-las no que Zürn (2018) chama de “crenças de legitimação” tendem a apresentar muitas variações. Mesmo no próprio contexto das autoridades transnacionais, diferentes *demos* se traduzem em potenciais diferenças de legitimação. Em arranjos como os NSMD, os Estados demonstrarão pouco interesse nas regulações, enquanto ONGs estarão atentas; em organismos como a WADA, acontece em boa medida o contrário. Na prática, essas diferentes conjunturas dificilmente oferecem pontos de apoio à adoção de ideais democráticos ou padrões consensuais de legalidade. Mas isso não impede que a teoria trabalhe em função de modelos contrafáticos; afinal, esse é um dos seus papéis principais se ela decide não se limitar simplesmente a descrever tendências empiricamente observáveis.

Mas sobretudo nos últimos anos, outro termo oriundo do contexto estatal tem sido empregado tanto como tentativa de descrição acurada de tendências regulatórias quanto como fundamento para visões normativas: trata-se da noção de constitucionalismo. Por vezes ele é entendido como um desdobramento do ideal democrático conforme compreendido na tradição do Estado moderno ocidental; em outros momentos, é visto como uma tendência que, ao contrário do que sua forma mais conhecida propõe, afasta o direito da política institucionalizada. Veremos na sequência o que os debates teóricos promovidos sob essa chave de leitura podem trazer.

3.3 Constitucionalismo para além do Estado?

O constitucionalismo moderno transformou profundamente os sistemas políticos dos Estados nacionais ao estabelecer autorizações e limites para o exercício da autoridade política por meio de regras públicas e universais. Associado à ideia de democracia, promoveu um instrumento jurídico para que cidadãos e cidadãs pudessem se ver simultaneamente na autoria e destinação dessas regras. Mas esse processo, fundamentalmente pensado no contexto estatal, pode também ser transposto para além das fronteiras do Estado?

A crescente tendência de se enxergar certos desenvolvimentos regulatórios de regimes público ou privados transnacionais, entidades supranacionais e áreas do direito internacional como “constitucionais” responde, entre outras coisas, a uma maior necessidade de coordenação entre múltiplas instâncias decisórias presentes no espaço transnacional e o apelo

para que as decisões tomadas sejam mais legítimas perante Estados, indivíduos ou organizações da sociedade civil. Contudo, a palavra “constituição” inevitavelmente evoca um legado particular, oriundo do Estado, e cujas condições que possibilitaram sua emergência não são facilmente encontráveis para além deste.

Nenhum dos diagnósticos que mencionaremos aqui recai naquilo que Andrea Bianchi (2016, p. 52) chamou de ilusão sobre o “fim da política”, isto é, a ideia de que a implementação de uma ordem constitucional inter ou transnacional seria capaz, via processos de legalização, de pôr fim a disputas geopolíticas ou baseadas em interesses econômicos. A maior parte da literatura reconhece que direito e política são componentes indissociáveis do cenário das relações internacionais (seja entre Estados ou não), mas ao mesmo tempo acredita que a noção de constitucionalismo traduz de forma satisfatória alguns processos já existentes ou estabelece um horizonte normativo para que iniciativas constitucionais sejam vistas como desejáveis.

De acordo com Neil Walker (2008), a discussão sobre a possibilidade de um constitucionalismo internacional e/ou transnacional ganhou relevo nos últimos anos por ao menos duas razões. Em primeiro lugar, percebeu-se o desenvolvimento de instâncias não-estatais com poder decisório em níveis regionais (União Europeia, CUSMA, Mercosul), funcionais (ICANN, OMC) e globais (ONU e suas agências). Essa é a dimensão material do debate, difícil de ser contestada diante das consideráveis evidências empíricas apresentadas. Mas segue-se a ela uma razão de natureza teórica, mais controversa: há uma tendência crescente de se conceituar esses desenvolvimentos de instituições e práticas em termos explicitamente constitucionais.

Enquanto parte da literatura enxerga esse movimento como positivo ou inspirador, há quem relute em abrir mão de um sentido mais carregado da palavra constituição, intimamente ligada às revoluções liberais francesa e norte-americana e posteriormente disseminada por regimes democráticos ao redor do mundo, mas sempre com o estabelecimento de uma “comunidade política” que, apesar de não refletir necessariamente a população de um território, parte da noção de um território nacional determinado como base de sua aplicação.¹³²

Estabelece-se portanto um debate entre céticos e defensores da possibilidade de um constitucionalismo para além do Estado. Fazendo um breve resumo da bibliografia que representa a posição mais cética, Walker revela quatro “acusações” básicas contra a ideia de

¹³² Para uma visão interessante sobre os vínculos entre constituição e limites territoriais, ver Maus (2006).

um constitucionalismo para além do Estado. Ele seria (1) inapropriado, pois o constitucionalismo é um recurso normativo de articulação de valores e objetivos que somente o ente estatal é capaz de dispor e organizar, dada sua abrangência; (2) inconcebível, por se tratar de uma forma completamente distinta de conceber o mundo, contendo um horizonte epistêmico e um imaginário político que se referem a uma forma particular de Estado; (3) improvável, porque o constitucionalismo está implicado em relações existentes de autoridade, e nenhuma força de poder plenamente independente do Estado poderia vestir hoje o manto do constitucionalismo; e (4) ilegítimo, pois a afirmação de constitucionalismo fora do Estado trata-se de mera ideologia ou retórica – argumento que é consequência direta das demais objeções.

Analisaremos a seguir algumas das respostas que os defensores do conceito apresentam a algumas dessas críticas. Mas antes de mais nada cumpre notar que, uma vez não há evidências empíricas que comprovem cabalmente uma ou outra tese – é difícil dizer com precisão que determinado arranjo internacional *é* constitucional, mas somente que *pode ser visto* ou *se parece* com uma constituição – o debate permanece em grande parte conceitual. Suas posições dependem, por exemplo, do que venha a se considerar como o “núcleo” ou “essência” da ideia de constitucionalismo.

Como uma forma de possibilitar que o debate progrida, sem encampar posições do tipo tudo ou nada, Walker (2008) realiza um movimento interessante ao reconstituir o constitucionalismo como um conjunto de cinco molduras sobrepostas (*reinforcing frames*): jurídica, político-institucional, de auto-autorização, social e discursiva. A ideia aqui é permitir tanto uma visão holística do constitucionalismo (ou seja, que tipo de constitucionalismo toma forma quando todas as molduras estão envolvidas) como uma visão analítica (mostrar como o próprio constitucionalismo estatal passou por um processo histórico de sobreposição de molduras, separáveis analiticamente).

Embora reconheça que nenhuma organização internacional ou transnacional pareça capaz de reunir essas cinco molduras, Walker (2008) sugere não haver motivos para, a partir disso, desconsiderar quaisquer desenvolvimentos constitucionais pós-estatais como reproduções meramente precárias do constitucionalismo estatal. O autor endossa o argumento, por exemplo, de que as virtudes da comunidade política nem sempre são redutíveis à vontade democrática e à implementação popular, mas podem repousar em práticas dissociadas da política desenvolvidas por especialistas ou por regras implementadas por comunidades epistêmicas interessadas. Em suma, entende que nenhuma iniciativa constitucional transnacional terá “*full-pedigree*”, no sentido de conter as cinco molduras constitucionais, mas

não vê nisso razão para negar a pertinência do termo constitucionalismo para além do Estado. Por outro lado, Walker (2008, p. 533) recusa-se a tomar uma posição clara quanto à utilização do termo, limitando-se a dizer que “podemos observar o crescimento das cinco molduras constitucionais no contexto pós-estatal”.

O constitucionalismo pode ter seus elementos analiticamente separados ou relacionados com aspectos que lhe são caros mas não exclusivos, como é o caso da publicidade do direito, mas sem que isso mova necessariamente o debate entre céticos e defensores para um ou outro lado. Logo, para tornar mais evidente o que está em jogo para cada uma das posições, é preciso examinar mais minuciosamente o que dizem seus principais proponentes, a começar por quem não apenas acredita na possibilidade de se falar em uma constitucionalização internacional, como também estabelece fortes demandas e expectativas sobre ela – o que chamaremos de constitucionalização “em sentido forte”.

3.3.1 Constitucionalização em sentido forte

O direito internacional é certamente o recurso mais disponível para os projetos de constitucionalização para além do Estado. Mas da mesma forma que diferentes normatividades transnacionais passaram a contestar os limites do espaço jurídico estatal, diferentes áreas do direito internacional experimentaram uma crescente especialização nas últimas décadas, elevando preocupações sobre sua fragmentação, como mencionamos no primeiro capítulo da tese. Assim, tentativas de constitucionalização do direito internacional são vistas como oportunidades tanto para compensar as dificuldades do constitucionalismo estatal em lidar com problemas transfronteiriços como para recuperar o potencial de cooperação contido no próprio direito internacional.

Uma proposta bastante conhecida nesse sentido é a de Jürgen Habermas (2006), que busca recuperar a ideia de constitucionalização como uma terceira via entre as abordagens realistas e cosmopolitas das relações internacionais. Sua ideia é mostrar a viabilidade de uma sociedade mundial politicamente constituída por meio de regras jurídicas impositivas, mas sem que isso signifique a formação de um “Estado mundial”. Em seu modelo, que preserva uma estrutura tripartite formada por esferas globais, transnacionais e nacionais, o direito internacional passa a ser pensado como um direito cosmopolita que visa regular tanto Estados quanto cidadãos e cidadãs mundiais.

Sobre a possibilidade de chamar efetivamente esse processo de “constitucionalização”, Habermas argumenta que embora constitucionalismo e formação do Estado sejam processos

históricos que andaram de mãos dadas, o Estado-nação não é a única forma de ordem política passível de constitucionalização. Diferenças em relação ao contexto nacional, é claro, serão inevitáveis; mas de acordo com sua visão “a constitucionalização do direito internacional não precisa seguir o mesmo caminho daquela do Estado moderno” e “a constituição do sistema político global não precisa tomar a mesma forma” (COHEN, 2018, p. 146). Em suma, o conceito de constituição como aquisição do estado moderno é excessivamente demandante – englobando aspectos como controle da força e jurisdição coercitiva – para qualquer ordem jurídica pós-nacional.

Mas então onde encontrar os paralelos estatais necessários para pensar uma constitucionalização pós-nacional? Em vez de compará-la com o processo mais moderno, resultado das revoluções liberais, Habermas (2002) sugere que a constitucionalização da sociedade mundial é mais análoga à trajetória das ordens jurídicas pré-modernas do chamado “Estado corporativo” (*Ständestaat*), em que a constitucionalização envolve apenas a divisão e regulação jurídica das relações de poder, sem fundar uma nova autoridade política como fazem os projetos mais bem acabados das constituições modernas.

Contudo, mesmo com expectativas menores de constitucionalização, permanece a questão prática do envolvimento dos Estados em direção a um maior controle das relações de poder, algo que implicaria a entrega de considerável parcela de sua soberania em prol de uma estrutura jurídica e institucional um tanto mais rígida. Nesse sentido, Habermas (2006) defende que seu projeto deixaria de ser utópico na medida em que uma reforma institucional fosse feita, sendo o alvo principal dessa reforma a atuação do Conselho de Segurança da ONU, que tem atrapalhado as aspirações de que as decisões desta instituição possam se basear em processos democráticos e efetivamente deliberativos.

Caso a agenda de reforma avance, seria possível vislumbrar a ONU como uma organização de Estados e indivíduos disposta a realizar duas funções centrais: salvaguarda da paz e da segurança mundiais e implementação dos direitos humanos. Demais funções específicas como trocas comerciais, comunicações, saúde etc. ficariam a cargo dos regimes jurídicos internacionais e transnacionais já constituídos, que passariam a ocupar uma posição mais coordenada dentro de um sistema de governança global de múltiplas camadas – que ainda deixaria aos Estados nacionais boa parte de sua capacidade de ação e execução de tarefas de regulação doméstica. Não há espaço aqui para pormenorizar as críticas possíveis à visão habermasiana, mas cabe ao menos uma observação sobre esse ponto específico: restringir a ONU a tais funções não soa como uma proposta muito diferente daquilo que já se verifica; ao mesmo tempo, o exercício dessas próprias funções já é um alvo suficiente para

muitas controvérsias, especialmente no que tange às “intervenções humanitárias”. Em outro momento, Habermas (2012) também enfatizou as possibilidades de constitucionalização supranacional no âmbito da União Europeia – cujos desafios, já consideráveis à época, parecem ainda maiores depois do *Brexit*.

Outra proposta que pode ser vista como normativamente demandante, isto é, que defende uma constitucionalização robusta, é a feita por Anne Peters (2006). Em linhas gerais, a autora sugere pensar o constitucionalismo internacional como forma de compensar a tendência de desconstitucionalização dos sistemas jurídicos domésticos. Ao mesmo tempo em que reconhece a carga normativa do conceito, ela acredita que uma abordagem constitucionalista possui grande potencial crítico para se pleitear regulações mais legítimas por meio das virtudes do *rule of law*, como estabilidade e previsibilidade.

De outra parte, pensando a fragmentação não apenas a partir do direito internacional, mas também das próprias relações internacionais em que ele está inserido, Christian Joerges (2010; 2012) sugere pensar um constitucionalismo transnacional a partir das conhecidas ferramentas do direito internacional privado. O autor sugere que um *conflicts-law constitutionalism* seria capaz de enfrentar problemas de legitimação e coordenação da sociedade mundial “sem a imposição de regimes unilaterais, recuperando as sofisticadas técnicas de equilíbrio que tem sido desenvolvidas pela metodologia do direito internacional privado” (ROTH-ISIGKEIT, 2018, p. 105).

Por fim, pode-se mencionar a proposta de um constitucionalismo cosmopolita elaborada por Matthias Kumm (2004), que sugere uma abordagem baseada em princípios liberais. Mais influenciado pelo conceito de razão pública de Rawls do que pela democracia deliberativa de Habermas, o autor “promove um conceito de sociedade política global como um autoconstructo coletivo no qual a ordem atualmente baseada no Estado é apenas uma entre outras formas organizacionais que precisam refletir princípios universais básicos e preexistentes” (ROTH-ISIGKEIT, 2018, p. 204). Kumm (2004) estabelece um modelo constitucional para o direito internacional que seria baseado em quatro tipos de legitimidade: formal, jurisdicional, procedimental e de resultados.

Como já mencionamos, há no entanto muitas críticas em relação à adoção da terminologia constitucional para além do Estado. Nesse sentido, Dieter Grimm (2010, p. 10) pode ser considerado como um dos maiores céticos. Em sua visão, mais do que um mero controle da política pela via do direito, o constitucionalismo herdado das revoluções liberais compreende dois elementos indissociáveis: democracia e *rule of law*. Na visão do autor, qualquer princípio de legitimação diferente da democracia prejudicaria irremediavelmente a

função constitucional. Uma vez que os desafios para se alcançar padrões democráticos aceitáveis a nível internacional são enormes, a começar pela dificuldade de se circunscrever um *demos* constitucional¹³³, o prognóstico de Grimm é bastante pessimista.

Se no contexto europeu ainda se pode pensar a União Europeia como minimamente próxima das conquistas democráticas que marcaram a fundação do constitucionalismo, no cenário global Grimm (2010, p. 18) vê as organizações internacionais mais como “ilhas em um oceano de relações internacionais tradicionais” do que como partes de um “sistema global de poder público internacional”. Friedrich Kratochwil (2014, p. 97) encampa um pensamento semelhante ao afirmar que as Cartas de formação da ONU ou da OMC, possivelmente legíveis enquanto marcos constitucionalizantes, “não chegam nem perto de incorporar os elementos básicos do ‘constitucionalismo’ com os quais estamos familiarizados”.

No mesmo sentido, outra crítica é trazida por Ingeborg Maus (2006, p. 466-467), que identifica o constitucionalismo democrático como um momento decisivo do Estado moderno em que o princípio territorial de controle legítimo é substituído pela noção de uma associação de pessoas, isto é, promove-se a formação de uma comunidade política juridicamente constituída. O alvo principal da crítica da autora são as propostas mais robustas de um “Estado global”, mas suas conclusões também podem ser dirigidas às tentativas mais ambiciosas de constitucionalização internacional. Segundo Maus (2006, p. 481), a necessidade de regulações transnacionais que levem em conta as particularidades de diferentes regiões “pode ser mais bem atendida por tratados interestatais (sob os controles democráticos dos Estados-nação) do que por legislações e constituições globais”. Assim como em Grimm (2010), fica evidente uma preocupação com o declínio do constitucionalismo estatal – mas sua resposta aponta para tentativas de reverter tal tendência salvaguardando a importância dos processos democráticos estatais, e não elaborando formas de compensação via constitucionalismo pós-estatal.

Finalmente, uma crítica de grande relevância é elaborada por Jean Cohen (2012, p. 66), que aponta para os perigos de se utilizar o discurso do constitucionalismo em prol de constitucionalizações simbólicas que na verdade acabam por esconder projetos hegemônicos, tornando-os imunes a críticas acerca de sua legitimidade. Em outras palavras, o risco de uma naturalização de um constitucionalismo nem sempre presente mas que, uma vez reconhecido e considerado como tal, ganha ares de uma regulação mais legítima *porque é constitucional*.

¹³³ Uma questão a ser respondida é se a proposta dos múltiplos *demos* de Bohman (2007) superaria essa crítica. À primeira vista, não nos parece que Grimm (2010) recuará em sua posição diante dessa ideia, mas ela certamente abre um espaço de questionamento.

Esta é sem dúvida uma ameaça pouco desprezível, ainda que não se possa dizer que as posições que mencionamos anteriormente dissimulem intenções deste tipo. Uma possível forma de minimizar esse risco seria adotar o discurso do constitucionalismo de uma forma crítica, e não normativa – isto é, olhar para as conquistas constitucionais como um importante ponto de inflexão, dificilmente alcançável, sobre a tarefa de controlar o poder e impulsionar decisões legítimas, em vez de pensá-las como elementos fixos que funcionem como uma espécie de *checklist* para que uma iniciativa seja considerada constitucional.

Mas para além dessas críticas que enfatizam uma aplicação supostamente indevida da terminologia constitucional, também precisamos enfrentar outra questão importante considerando a perspectiva adotada nesta tese. Trata-se do problema da compatibilidade entre o discurso sobre constitucionalismo e visões jurídicas pluralistas como a que estamos encampando (considerando evidentemente todas as ressalvas à expressão “pluralismo jurídico” que fizemos anteriormente, mas que não nos levam a uma posição “não pluralista”).

Existe uma narrativa bastante difundida de que as correntes teóricas que tratam do direito no âmbito da governança global se dividiriam entre pluralistas e constitucionalistas. Em termos gerais, enquanto as primeiras enfatizariam a diferença e a fragmentação entre múltiplas normatividades, as últimas tentariam estabelecer semelhanças em prol de ideais unificadores ou de estruturas hierarquicamente organizadas. Essa é a narrativa que encontramos, por exemplo, em Cohen (2012). Após descrever o que considera como sendo os dois polos do debate, a autora procura sustentar um “pluralismo constitucional”.

Segundo Cohen (2012, p. 66), enquanto constitucionalistas falham em bases descritivas e pragmáticas ao pressuporem no espaço transnacional ordenações que na verdade não existem, pluralistas falhariam no aspecto conceitual ao perderem o “caráter distintivo do meio jurídico”. Como já discutimos no primeiro capítulo, por mais que o pluralismo jurídico possa ser culpado por eventuais negligências em relação ao problema da definição do direito, isso se revela como um problema de fato apenas quando compreendemos o pensamento jurídico pluralista de uma forma que, em muitos casos, é caricatural – como uma teoria que promove uma panaceia regulatória ao igualizar tudo em termos de direito simultaneamente desvalorizando-o enquanto conceito.

Cohen (2012, p. 62) até reconhece que o pensamento pluralista não é unívoco, citando que parte dele mostra certa inquietação com a atitude de “deixar a resolução de conflitos normativos para processos políticos ou formas de interação *ad hoc*”. Assim, o que a autora chama de pluralismo jurídico *soft* “propõe alguns princípios gerais para decidir entre

reivindicações de autoridades concorrentes sem abraçar a hierarquia ou a centralização”. Por outro lado, o pluralismo jurídico “forte” não veria a utilidade em se adotar tais princípios.

Mas por mais que venha a retratar posições possíveis no debate, essa distinção no entanto não descreve de forma coerente a topografia do pensamento pluralista. Berman (2012), por exemplo, é mencionado como um pluralista jurídico forte – o que até poderia ser em parte explicável em razão de sua proposta normativa de pluralismo não se encontrar plenamente desenvolvida à época, apesar de já haver fortes indícios – quando este claramente não é o caso. Isso serve também para Nico Krisch que, como a própria Cohen (2012, p. 342) menciona, parece se encaixar mais na perspectiva do constitucionalismo global do que na do pluralismo, o que o levaria para longe de uma interpretação pluralista “forte”. Em outras palavras, o pluralismo jurídico que Cohen (2012) descreve como forte, se existe, não é o que comumente se apresenta nas discussões sobre direito transnacional – se parece mais com um espantalho criado para que a oposição ao constitucionalismo seja vista como fidedigna.¹³⁴

Contudo, mesmo reconhecendo que não estamos tratando de completos opostos, isso não responde completamente nossa questão: um pensamento pluralista é compatível com a ideia de constitucionalização pós-estatal? Ao propor um “pluralismo constitucional”, a concepção de Cohen (2012) obviamente afirma que sim – a despeito desse movimento se ver facilitado por uma distinção um tanto exagerada entre as correntes. Mas relações desse tipo se estabelecem há mais tempo, com propostas que unem descrições pluralistas a iniciativas constitucionais como as de Neil MacCormick (1999), estabelecendo uma moldura constitucional pluralista para a União Europeia, e Walker (2002), postulando a ideia do pluralismo constitucional para além do contexto europeu. Mais recentemente, em um volume inteiramente dedicado ao tema, Avbelj e Komárek (2012) propuseram ver o pluralismo constitucional como uma possível metalinguagem para lidar com a pluralidade de autoridades existentes no cenário transnacional contemporâneo.¹³⁵

Na contramão dessas visões, Krisch (2010) sugere que o debate pluralista deveria se desapegar da noção de constitucionalismo, sob o principal argumento – já mencionado aqui –

¹³⁴ Isso sem falar na concepção de Teubner (2016), que é ao mesmo tempo pluralista e constitucionalista, ainda que parta de uma redefinição ampla do sentido da palavra “constitucionalismo”, conforme veremos a seguir.

¹³⁵ “O mundo permeado pela pluralidade também requer um grau mínimo de coerência e, o que é mais importante, demanda uma metalinguagem por meio da qual atores situados em diferentes lugares (epistêmicos) poderiam se engajar reflexivamente uns com os outros ao reconhecerem suas diferenças. mas simultaneamente se comprometendo a uma certa moldura compartilhada de coexistência. O constitucionalismo se mostrou bem sucedido enquanto linguagem no ambiente estatal. Na ausência de alternativas, que ainda não parecem emergir no horizonte, ele poderia também continuar desempenhando o mesmo papel na nova ordem mundial pluralista para além do Estado, contanto que ele passe por algumas transformações pluralistas.” (AVBELJ; KOMÁREK, 2012, p. 4).

da ausência de um *demos* identificável nos diferentes espaços regulatórios transnacionais. Assim, o autor vê o pluralismo como uma alternativa ao discurso do constitucionalismo global, e não como uma contribuição possível a ele – o pluralismo se trataria, no fundo, de uma crítica radical ao pensamento constitucional. Em um texto em que debate a possível difusão do conceito de poder constituinte, Krisch (2016, p. 678) reforça esse argumento ao dizer que no espaço pós-estatal, que é um ambiente pós-constituinte, a noção de *pouvoir constituant* pode ser no máximo substituída pela ideia de um *pouvoir irritant*:

O poder constituinte pode, no entanto, sobreviver como uma aspiração normativa que pode, sob certas condições, oferecer as bases em termos ideais para a resistência contra instituições globais de legitimidade controversa. O *pouvoir constituant* se torna então um recurso discursivo para a operação de um *pouvoir irritant* na realidade social, que no entanto perdeu seu caráter reivindicatório de fonte da legitimidade de uma ordem – pós-constituinte – existente.

Embora simpático a essa posição e encorajando tentativas de levar o pluralismo para além do debate constitucional, o pluralista Berman (2017, p. 171) faz questão de reconhecer que há, no entanto, um espaço no pensamento pluralista para uma visão do constitucionalismo ao menos enquanto busca de “mecanismos e instituições que estimulem interações constitutivas entre sistemas”. Mas o aspecto principal que parece comum a Krisch (2010; 2016) e Berman (2017) é a ideia de que, de uma perspectiva pluralista, a constitucionalização não precisa, ou também não deveria, ser vista como um ponto de chegada. Em vez disso, o constitucionalismo pode ser visto como um ponto de inflexão. Tratando do direito internacional¹³⁶, mas com um discurso que pode ser facilmente ampliado para o espaço regulatório transnacional, Gray (2020, p. 260) sugere que as perspectivas críticas também deveriam caminhar em sentido parecido:

[...] restamos com um sistema jurídico internacional fortemente pluralista que no entanto admite comprometimentos entre múltiplos regimes. Em vez de focar em tentativas de constitucionalizar esse sistema, a teoria crítica faria melhor em tentar entender os mecanismos que poderiam tornar legítimo esse sistema pluralista.

Algumas conquistas históricas do constitucionalismo estão atreladas à forma como ele se desenvolveu no interior dos Estados, forma esta que não pode ser diretamente replicada no contexto transnacional. Mas algumas de suas ferramentas podem servir de inspiração no

¹³⁶ Apesar de também defender a compatibilidade entre pluralismo e constitucionalização, Gray (2020, p. 260) contesta a ideia, presente em visões como a de Samantha Besson (2012), de que os tribunais internacionais apresentam uma divisão do trabalho sob um sistema constitucionalizado. Em vez disso, o autor sustenta que eles não deixam de atuar dentro de regimes específicos, não refletindo uma hierarquia constitucional mais ampla.

combate a arbitrariedades e na promoção de direitos independentemente do contexto. A aspiração talvez não precise ser atingir um “constitucionalismo”, mas sim trazer alguns de seus elementos como horizonte de crítica para regimes jurídicos transnacionais. Nesse sentido, a discussão de se há ou não (ou haverá ou não) constitucionalização no cenário pós-estatal passaria a ser secundária. Preserva-se assim o sentido histórico da palavra constitucionalismo ao mesmo tempo em que não se fecha a porta para uma possível contribuição que ela possa trazer aos debates transnacionais contemporâneos.

Como afirma Walker (2012), constitucionalismo e direito público (conforme empregado pelo DAG) são recursos conceituais e doutrinários que temos à disposição para compreender as circunstâncias particulares em que estamos implicados. Nesse sentido, posições tudo ou nada não contribuem muito para o debate: embora não devam necessariamente subscrever concepções robustas de constitucionalismo, céticos como Grimm (2010) e Maus (2006) não podem evitar as questões de longo prazo expostas por seus adversários teóricos e nem escapar das respostas particulares que já tem sido dadas por alguns atores transnacionais – bem como o que elas implicam, afinal, a longo prazo.

Cumpram ainda lembrar que o próprio constitucionalismo estatal é marcado por diversas tensões – entre coletivo e individual, voz e direitos, supremacia da legislação e finalidade da adjudicação, poder constituinte e autoridade constituída. Identificá-las como obstáculos intransponíveis no espaço transnacional é ignorar que nem sempre as constituições estatais conseguem responder a seus próprios desafios de uma forma equilibrada. Essa observação é importante para que lembremos que constitucionalização não é sinônimo de legitimação, que é, afinal, a noção que realmente importa para o nosso trabalho.

3.3.2 Visões alternativas sobre o constitucionalismo

Conforme as abordagens da seção anterior retratam, o começo dos debates sobre constitucionalismo pós-estatal esteve intimamente ligado a proposição de modelos hierárquicos, enquanto a defesa de estruturas heterárquicas costumava ser associada aos estudos reunidos sob as diferentes vertentes do pluralismo jurídico (ROTH-ISIGKEIT, 2018, p. 43). Esta divisão, contudo, não permaneceu ileso a concepções renovadas sobre o processo de constitucionalização, dentre as quais se destaca a proposta de Gunther Teubner, baseada na teoria dos sistemas luhmaniana.

Diante de uma série de escândalos 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 estariam prestando 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 desenvolvendo suas próprias dinâmicas de regulação ou, na linguagem adotada por Teubner (2016), 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 esse constitucionalismo social parcial pode ser reconstituída sociologicamente desde a formação do Estado liberal. O constitucionalismo estatal jamais teria conseguido abarcar satisfatoriamente todas as dimensões da vida social, de forma que seria possível observar, em cada uma delas, desenvolvimentos regulatórios próprios.

Com o advento das tendências globalizantes, 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, postula que a regulação do espaço transnacional deve sua potencial efetividade ao caráter autorregulatório de cada área, e que as regulações específicas tendem a ser confrontadas com a necessidade de ir além de uma mera juridificação, passando a ganhar um caráter constitucional. Trata-se de uma visão que, apesar de também se utilizar da terminologia constitucional, propõe um diagnóstico bastante diferente daqueles mencionados na seção anterior. O constitucionalismo societal, expressão que Teubner extrai de David Sciulli (1992), carrega pouco das promessas de legalização via procedimentos democráticos tão caras a Habermas, por exemplo.

Em vez de acoplamentos estruturais entre direito e política, o constitucionalismo societal se dá a partir de acoplamentos entre o direito e a economia, a ciência, a internet, entre outras áreas. Mas o próprio Teubner (2016) reconhece que uma autonomia em relação à política tradicional comporta riscos em termos de legitimação dos regimes, 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 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.

Eventuais vantagens desse distanciamento em relação à política seriam mais evidentes, por exemplo, em organismos cuja função é preponderantemente técnica. Em tese, isso incluiria boa parte das autoridades transnacionais, como a ICANN, o BCBS ou os sistemas NSMD. Nesses casos, a autoridade política tende a ser mitigada por outras formas de autoridade, como a moral ou a epistêmica. Por outro lado, as desvantagens e a ameaça de normas “corruptas” seriam mais perceptíveis no âmbito de instituições cujo impacto sociopolítico de suas decisões tende a ser maior e mais difícil de calcular, como por exemplo autoridades responsáveis por financiamentos internacionais ou pela regulação de trocas comerciais. Em ambos os casos, no entanto, a construção de fontes jurídicas – que acontece muitas vezes a partir do zero – se mostra como um possível problema.

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. Nas formas clássicas do direito internacional, há normas concretas que visam proteger direitos humanos básicos de cidadãos e cidadãs – em que pese suas dificuldades de aplicação em

muitos contextos. Mas que tipo de garantia – senão propriamente democrática, ao menos jurídica – é possível estabelecer no espaço duplamente fragmentado da sociedade mundial, dividida tanto por setores como por diferentes culturas e tipos de organização social?

O caminho seguido por Teubner (2016) 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 poderia 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). 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 deve se dirigir a uma politização interna¹³⁷ 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.

A politização interna é identificada como um primeiro passo para a legitimação dos regimes transnacionais ao afastar a visão de que um espaço somente pode ser legitimado, sobretudo democraticamente, se for capturado pela estrutura política dos Estados. Mas, por si só, a ideia de uma politização interna não soa como 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”. Apesar de dedicar boa parte dos três últimos capítulos de seu livro com observações de caráter normativo, Teubner não chega a expor com precisão quais critérios deveriam ser levados em conta no momento de avaliar a legitimidade de um regime jurídico transnacional. Até menciona a importância da formação de dissenso dentro dos subsistemas e de standards

¹³⁷ 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*).

de direitos fundamentais com base em decisões concretas tomadas no interior dos regimes. Mas ao final adere, de forma abstrata, a um “princípio de justiça” que deveria se desdobrar em uma espécie de “princípio da sustentabilidade” (TEUBNER, 2016, p. 302).

A única certeza que Teubner (2016) parece defender nesse cenário é que cada tipo de regulação dará vazão a regras diferentes e, portanto, modos de contestação também distintos. Como autor fortemente influenciado pela teoria sistêmica, Teubner (2016) opta por observar novas experiências em vez de propor critérios normativos sólidos para avaliá-las. Não há, por exemplo, prescrições sobre que atributos o direito transnacional deveria possuir como forma de impulsionar a legitimidade democrática dos regimes. No que tange aos princípios de direito candidatos a virarem normas “constitucionais” dos regimes transnacionais, Teubner apenas alude à proposta já mencionada do DAG.

Contudo, críticas a um suposto déficit democrático nas autorregulações dos regimes transnacionais não são facilmente repelidas por esse diagnóstico inicial, o que o próprio Teubner (2018) pareceu admitir em um texto subsequente. Nele, Teubner (2018, p. 10) argumenta que, ao contrário do que o senso comum sugere, nenhuma evidência empírica aponta para um maior grau de legitimidade da governança internacional “pública” sobre a governança “privada”. Mas por que persistiria então a descrença quanto à possibilidade de que se estabelecem padrões aceitáveis de legitimidade democrática nos regimes transnacionais? Por que os críticos, segundo Teubner (2018, p. 11), errariam 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.

Teubner (2018) nota 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 legitimação do poder dominante. Além disso, seria 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 complexa 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 rompe. Teubner (2018, p. 12) afirma que embora não devêssemos renunciar ao 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 mesmo supranacionais como a União Europeia (EU), são pouco prováveis. Resta então o elemento da formação de dissenso, e é nele que o autor 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 deveria ser institucionalizado dentro de cada regime, ainda 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 (2018) reformula o princípio democrático clássico de uma forma que considera 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.

A ênfase em processos contestatórios em detrimento de processos eminentemente participativos parece de fato condizente com a realidade da governança global, mas seria mais sólida se acompanhada por um diagnóstico mais acurado sobre a importância da ideia de contestação para a construção de legitimação no âmbito transnacional, como o proposto por Wiener (2014). Contudo, as principais críticas que têm sido feitas a Teubner (2016) se voltam a alguns fundamentos do seu diagnóstico, sobretudo sua visão de uma forte e praticamente incontornável fragmentação.

Uma primeira crítica à teoria de Teubner (2016) que pode ser mencionada se refere à sua forte aproximação entre constitucionalismo e diferenciação funcional, como se o aprofundamento dessa diferenciação – que é, por óbvio, pressuposta teoricamente – alavancasse o nível de constitucionalidade de determinado regime ou área regulatória. Mesmo admitindo-se o postulado da diferenciação funcional, é possível dizer, como afirmar Kreuder-Sonnen e Zürn (2020, p. 243), que “a constitucionalidade dos sistemas de governança deve ser buscada na qualidade de administração dos conflitos entre diferentes normas e autoridades, e não na avaliação do grau de diferenciação institucional”. Ou seja, talvez o aspecto constitucional dos “fragmentos” devesse depender mais de como eles interagem com os demais do que de sua capacidade de se proclamar como mais ou menos “autônomos” uns em

relação aos outros. O conceito de “autoridade relativa” pode ser uma contribuição nesse sentido, afastando a ideia de uma fragmentação radical que seria inevitável dada a presença de diferentes racionalidades.

Em sentido semelhante, Roth-Isigkeit (2018, p. 160) critica a tendência das abordagens sistêmicas – encontrável também em Krisch (2010) – em crer que os conflitos normativos são essencialmente produtivos e que as formas jurídicas funcionam, na maioria das vezes, mais como um impeditivo do que como um meio de encontrar soluções. Enfatizando uma visão da democracia baseada em direitos, que se desdobra por exemplo nas propostas de eficácia horizontal dos direitos humanos, visões como a de Teubner (2016) parecem negligenciar a necessidade de garantias procedimentais para que as contestações em relação aos regimes sejam efetivas e que, a partir daí, os conflitos normativos possam de fato ser vistos como produtivos.

Mas Roth-Isigkeit vai além, colocando em questão um dos próprios fundamentos do diagnóstico de Teubner (2016), que é a ideia de fragmentação – supostamente orientada a refletir a complexidade do espaço regulatório transnacional e das sociedades modernas. O autor sugere que certas tentativas de ampliação da teoria em função da complexidade empiricamente observável chegam a um ponto em que se perde qualquer papel de orientação da própria teoria, tendência que o autor considera afligir a tradição sistêmica luhmaniana de um modo geral:

Complexidade, em vez de clareza, se torna uma ferramenta teórica. O contrargumento comum sugere que, se o mundo é cada vez mais complexo, as teorias deveria se tornar tão complexas quanto, de forma a oferecer uma representação adequada do mundo. Essa parece ser uma imagem incompleta na medida em que a tarefa da teoria é promover rearranjos e simplificações das relações que podem ser empiricamente observadas por meio da abstração. Se a teoria simplesmente tenta refletir a complexidade do mundo em que está situada, ela falha em oferecer essa abstração que permitiria o reconhecimento de alguma espécie de imagem mais ampla. (ROTH-ISIGKEIT, 2018, p. 17).

Mas críticas ao diagnóstico de Teubner (2016) também partem do interior da própria teoria sistêmica¹³⁸, como por exemplo a de Marcelo Neves (2014). O autor brasileiro censura

¹³⁸ Cumpre também ressaltar que Teubner (2016) não é o único autor da teoria sistêmica a enfatizar aspectos constitucionais na discussão sobre problemas de legitimação na governança global. Lars Viellechner (2015), por exemplo, destaca os direitos constitucionais como uma dimensão objetiva capaz de proteger funções específicas dos regimes, ampliando a discussão feita por Teubner (2016, p. 225-266) a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Não se trata aqui apenas de transpor via tribunais a doutrina dos direitos constitucionais para o cenário transnacional, mas de estabelecer uma abordagem substantiva em que cada regime constitua uma lógica interna própria sobre tais direitos. Outra proposta que compartilha as bases sistêmicas de Teubner, mas que procura radicalizar o aspecto democratizante de sua proposta, é a de Andreas Fischer-Lescano. Tomando exemplos como o das *Madres de la Plaza de Mayo*, o autor propõe qualificar os

a avidez com que Teubner (2016) utiliza o termo constituição toda vez que “surge uma ordem, instituição ou organização jurídica na sociedade contemporânea” (NEVES, 2014, p. 205), preferindo resguardar o termo para situações que envolvem dois tipos de problemas com as quais o direito constitucional tradicionalmente lida em âmbito estatal: demanda por direitos e controle/limitação do poder.

De acordo com Neves (2014, p. 206), o que ocorre atualmente é que esses problemas têm sido concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, o que implica na existência de uma “relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns.” Em suma, o argumento não é o de que inúmeros “fragmentos constitucionais” estejam surgindo, mas de que problemas de ordem constitucional têm extrapolado os domínios de ordens jurídicas únicas, especialmente as estatais. Para Neves (2014, p. 213), em muitas das ordens que Teubner (2016) classifica como constitucionais, não se poderia falar plenamente em autonomia constitucional, mas somente em exposição a problemas de natureza constitucional.

Como alternativa, Neves (2009) defende a proposta de um “transconstitucionalismo”. Compartilhando com Teubner e demais representantes da teoria sistêmica a ideia de que a política não é um lugar de observação necessariamente privilegiado da sociedade¹³⁹, o autor rechaça compreensões fortes sobre uma constitucionalização mundial (como em Habermas) ou sobre a difusão do constitucionalismo sob bases supranacionais (como no caso da União Europeia), mas também sobre a adoção de um constitucionalismo “civil” (como em Teubner).

De pronto, Neves (2009, p. 87) vê o projeto de constitucionalização de Habermas (e semelhantes) com suspeitas na medida em que ele se mostra “sobrecarregado por uma visão idealizada que parte fundamentalmente da experiência positiva da supranacionalidade na Europa ocidental”. Essa consideração, que chama a atenção para um possível paroquialismo teórico, poderia ser complementada pela observação de Bianchi (2016, p. 46), para quem o constitucionalismo internacional estaria muito ligado a uma “sensibilidade teórica particular

movimentos sociais como sujeitos constitucionais da sociedade mundial. Somente a dimensão ativa de protesto e reivindicação trazida por estes grupos seria capaz de trazer à tona um direito internacional ou transnacional que promova mudanças sociais – não a partir de um modelo de constitucionalismo democrático derivado do modelo estatal, mas de um novo tipo de constitucionalização feito de “baixo” para “cima” (ROTH-ISIGKEIT, 2018, p. 145-152).

¹³⁹ A respeito, afirma Neves (2009, p. 25): “Assim sendo, ao afastar-se a possibilidade de um ponto de observação único ou privilegiado do social, cumpre insistir, do ponto de vista da teoria dos sistemas, que nem mesmo a política é um centro ou um lugar privilegiado da sociedade, mas um sistema em concorrência com outros. A visão oposta, ao pôr a política no centro como supersistema da sociedade moderna, só tem levado a desilusões”. Essa consideração explica por que as observações sistêmicas tendem a observar as interações regulatórias transnacionais sem necessariamente reclamarem uma retomada de espaço da política. A política não possui um espaço garantido nesses arranjos, precisando se colocar em situação de disputa.

alemã”, que em parte se explicaria pelo fato de que juristas alemães tendem a ver os tratados mais como regras do que como contratos. De fato, é inegável a presença maciça de autores e autoras desse país na discussão do tema (inclusive demonstrando contrariedade às propostas), o que obviamente não representa um problema *per se* (basta pensarmos na enorme tradição filosófica alemã e em nossa própria base teórica derivada da Teoria Crítica frankfurtiana), mas que sugere certa cautela na medida em que os diagnósticos podem eventualmente se retroalimentar sob bases empíricas estreitas. No mínimo, não deveríamos tomá-los de forma acrítica sob uma perspectiva do “terceiro mundo”, como a proposta por Neves (2009).

Mas os problemas das propostas de constitucionalização se mostram evidentemente mais profundos do que essa primeira observação, relativamente contornável, sugere. Em primeiro lugar, Neves (2009, p. 92) alerta para a problemática “subordinação do direito internacional público à política determinada pelas grandes potências mundiais”, o que se reflete em uma aplicação de modelos normativos “mediante um processo seletivo fortemente discriminatório” que reforçaria assimetrias de poder entre Estados. Esse argumento é semelhante ao de Cohen (2012) em relação à ameaça de constitucionalizações “simbólicas”. Em um segundo plano, apresenta-se a dificuldade de articulação normativa no sistema internacional, como a disputada determinação dos órgãos competentes para definir casos envolvendo, por exemplo, violações de direitos humanos.¹⁴⁰

Por fim, Neves (2009, p. 97) reitera a já conhecida problemática da ausência de *demos* definido, isto é, “a não existência de um povo constitucional ou um equivalente funcional no nível da sociedade mundial”. Como vimos, a concepção de Bohman (2007) pode oferecer uma alternativa a esse problema, evitando que a discussão se encerre precipitadamente. No entanto, mesmo sua proposta de múltiplos *demoi* certamente fica aquém do que conviria esperar em relação às propostas mais amplas de constitucionalização, que constituem o alvo mais direto da crítica de Neves (2009).

Isso quer dizer que não deveríamos contar com a implantação de uma estrutura institucional mundial constitucionalizada em um futuro próximo e, muito menos, afirmar que ela já existiria no presente. À primeira vista, esta pode parecer uma discussão irrelevante diante do caráter mais restrito de nosso tema, uma vez que não é sobre a atividade das autoridades transnacionais que costumam recair tentativas de constitucionalização em sentido forte como as criticadas por Neves (2009). Contudo, uma constitucionalização desse tipo

¹⁴⁰ Entre as questões mais prementes, Neves (2009, p. 94) destaca: “Quem é competente para decidir e implementar a proteção de direitos humanos contra Estados ou organizações que os violam sistematicamente? Quais são os casos que ensejam o controle e justificam as sanções? Há os pressupostos e os instrumentos que possibilitem uma proteção generalizada?”.

certamente implicaria em reflexos imediatos para as autoridades transnacionais. No mínimo, ampliar-se-ia a tendência de vê-las sob um sistema organizado, ainda que não propriamente hierárquico – o que significaria provavelmente uma definição mais rígida de competência e o estabelecimento de limitações mais concretas, por exemplo, em relação a normativas de direitos humanos (que hoje são incorporadas de formas complexas e indiretas nesses arranjos).

Em relação ao modelo de constitucionalização supranacional, inspirado pelas experiências da União Europeia, o caráter possivelmente paroquial da teoria permanece como um risco, bem como a problemática da replicação de um *demos* transnacional para outros contextos. Além disso, Neves (2009, p. 107-108) ressalta que a própria constitucionalização da Europa “ainda é um processo de desenvolvimento em aberto, suscetível de reversões”, algo que fatos históricos mais recentes como o *Brexit* só trataram de reafirmar.

Colocando-se também contrário ao constitucionalismo civil proposto por Teubner, cujas críticas já foram mencionadas, Neves (2009, p. 115) avança então para sua proposta em torno de um transconstitucionalismo que, diferentemente das propostas anteriores de constituições “transversais” (mundiais, supranacionais ou civis), destaca a problemática de se “delinear as formas de relações entre ordens jurídicas diversas” submetidas a questões que podem ser consideradas como constitucionais (demanda por direitos e controle/limitação do poder), mas sem buscar soluções hierarquizantes ou excludentes. O transconstitucionalismo se trata de uma espécie de “conversação constitucional”, mas que não se preocupa a todo instante em identificar a presença, em determinado contexto, de uma “verdadeira” constituição:

Não interessa primariamente ao conceito de transconstitucionalidade saber em que ordem se encontra uma Constituição, nem mesmo defini-la como um privilégio do Estado. O fundamental é precisar que os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas. (NEVES, 2009, p. 121).

No entanto, um dos grandes problemas do espaço transnacional é precisamente o fato de que atores ou ordens jurídicas nem sempre se mostram dispostos a entrar em conversações que visem a busca de soluções cooperativas, sobretudo para não colocar em risco suas posições de poder. Nesses casos, Neves (2009, p. 130) reconhece que o transconstitucionalismo “funciona de maneira muito limitada”, através de “irritações, influências e pressões”; mas que ainda assim é melhor do que qualquer alternativa bélica contra ordens anticonstitucionais, na esteira da reprovação que Archibugi (2012) faz em

relação às guerras conduzidas em nome da democracia. Já em relação ao que chama de “ordens arcaicas”, isto é, aquelas que devido à ausência de princípios organizacionais “não estão em condições de admitir problemas jurídicos constitucionais”, restaria ao transconstitucionalismo, segundo Neves (2009, p. 130), uma atitude de tolerância e aprendizado.

A esta altura, nos parece que o pensamento de Neves (2009) se aproxima muito mais do cerne das correntes jurídicas pluralistas do que do pensamento constitucional, mesmo no caso da visão alternativa que é oferecida por Teubner (2016). Um dos motivos que talvez leve o autor a insistir na utilização do termo transconstitucionalismo é o de estabelecer um claro contraponto à mera fragmentação. Neves (2009, p. 288) defende o transconstitucionalismo como um “modelo estrutural de conexão funcional entre esferas funcionais fragmentadas da sociedade mundial” que ofereceria “pontes de transição” entre ordens jurídicas – algo que, de acordo com determinadas leituras como a de Cohen (2012), supostamente não estaria no radar das concepções pluralistas.

Contudo, a proposta de Neves (2009) apresenta semelhanças inegáveis, por exemplo, com o pluralismo jurídico global de Berman (2012). Sua visão também nos parece largamente compatível com a discussão sobre significado jurídico que fizemos no primeiro capítulo, cujas bases remetem ao pensamento de Cover (1983) sobre a *jurisgenesis*. Isso nos leva a ponderar se, na verdade, Neves (2009) não deveria dar um passo adiante em direção à tradição pluralista, assumindo atitude semelhante à de Berman (2017) em relação ao termo constitucionalismo: tratando-o como um termo possivelmente útil, mas secundário na medida em que ele apresenta mais riscos de má compreensão do que vantagens teóricas. Independentemente disso, o mais importante é que as observações de Neves (2009), sobretudo sua crítica a tentativas de constitucionalização (sejam elas “fortes” ou alternativas), nos levam a reiterar nossa posição: a noção de constitucionalismo é um interessante ponto de partida historicamente e conceitualmente situado, mas não necessariamente um ponto de chegada desejável, especialmente quando falamos de um espaço jurídico transnacional formado por autoridades consideravelmente dispersas, ainda que possivelmente coordenáveis.

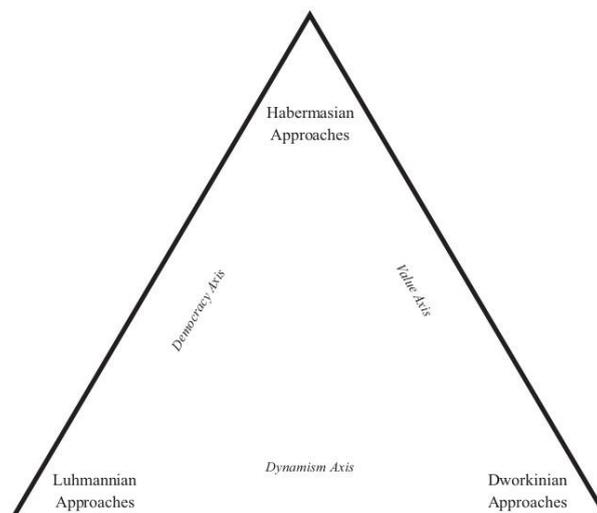
3.4 Em busca de um ponto de vista crítico

No começo do primeiro capítulo mencionamos a grande dificuldade de comunicação existente entre os pontos de vista sob os quais o papel do direito é pensado no contexto da governança global, sejam eles reunidos em torno de uma concepção de direito global, direito

transnacional ou outra terminologia análoga. Como Roth-Isigkeit (2018, p. 11) ressalta, esses pontos de vista não se articulam propriamente enquanto teorias do direito no sentido tradicional, mas em vez disso representam formas de pensamento jurídico, isto é, se tratam de discursos “que se estabelecem entre as fronteiras das disciplinas acadêmicas”. Nas duas últimas seções, procuramos conduzir nossa discussão sobre legitimação na governança global a partir de elementos que interessam ao direito, como democracia e constitucionalismo, mas vimos ao mesmo tempo que essas noções são indissociáveis de diagnósticos mais amplos que compreendem áreas de estudo reputadas a outras disciplinas, como as relações internacionais e a ciência e filosofia políticas.

Em outras palavras, não encontramos uma teoria do direito no contexto transnacional em Habermas ou em Teubner da mesma forma como encontramos em Hart ou em Kelsen em relação ao contexto estatal. Aliás, por vezes o papel do que comumente se entende como “direito” chega a ocupar um papel secundário nos diagnósticos sobre legitimação no espaço transnacional mesmo que expressões tradicionalmente reputadas como jurídicas permaneçam no centro.¹⁴¹ Em uma válida tentativa de mapear o pensamento jurídico sobre fenômenos transnacionais, Roth-Isigkeit (2018) parte da ideia de um “trilema”, em que cada ponto representa um autor considerado influente para uma série de diagnósticos, seja os que levam adiante suas posições ou as tensionam. Esse trilema do que Roth-Isigkeit (2018) denomina genericamente como “direito global” se apresenta como um mapa “meta-teórico”, cujas bases assumem a seguinte forma:

Figura 2 – O trilema do direito global



¹⁴¹ É o caso, sobretudo, de Teubner (2016, p. 191), para quem as “constituições são, primeiramente, processos sociais e são processos jurídicos apenas de forma secundária”.

Ao menos duas observações podem ser extraídas a partir da leitura desse mapa. Em primeiro lugar, a repetição de um mesmo conceito em abordagens pertencentes a “terços” diferentes, o que sugere a transversalidade de determinados temas. O termo constitucionalismo, sob o qual nos debruçamos na seção anterior, é talvez o exemplo mais notável: vimos anteriormente que ele é tratado por Christian Joerges, Teubner e Mathias Kumm, apenas para mencionar um representante de cada parte do trilema. Assim, temos ao menos três concepções que partem de bases epistemológicas distintas para definir o que o constitucionalismo é e o que ele deveria se tornar no contexto transnacional.

Um segunda observação, que concerne mais propriamente à metodologia empregada nesta tese, é a de que o mapa contém dois autores ligados à Teoria Crítica de inspiração frankfurtiana, Habermas e Klaus Gunther. No entanto, nenhum deles tem sido tomado como base para nossas observações, e inclusive manifestamos críticas a suas noções de constitucionalização internacional e de um “código universal de legalidade”, respectivamente. Na verdade, todas as possíveis contribuições que mencionamos no primeiro capítulo se encontram na realidade no lado dworkiniano do trilema: Brunnée e Toope (2010), Harold Koh (1997) e Nicole Roughan (2013). Esta circunstância levanta o questionamento: onde nosso ponto de vista crítico multinormativo se situa nesse mapa?

Em primeiro lugar, há que se ter em conta que o mapa de Roth-Isigkeit (2018) não se pretende uma descrição fiel do campo, mas é somente uma tentativa de fazer com que diferentes epistemologias possam ser avaliadas em um plano comum. Ou seja, mais do que definir posições, seu propósito é justamente o de estabelecer comunicações entre perspectivas que por vezes adotam um vocabulário próprio.¹⁴⁴ Sendo rigorosos, seríamos levados a afirmar por exemplo que o posicionamento de Brunée e Toope (2010) no mapa estaria equivocado levando em consideração a enorme influência do trabalho de Lon Fuller, em vez de Dworkin, sobre a teoria interacionista do direito. Mas Roth-Isigkeit (2018) opta por situá-los na parte dworkiniana do mapa em razão de sua tentativa de combinar valores e dinamismo, cara à obra de Dworkin.

Segundo, conforme já mencionamos na parte dedicada à metodologia na introdução do trabalho, uma perspectiva crítica do direito transnacionalmente produzido tem muito a aprender com diferentes desenvolvimentos teóricos mais consolidados no campo, sem que

¹⁴⁴ Se esse processo de tradução epistemológica realmente faz sentido, argumenta Roth-Isigkeit (2018, p. 220), isso significa duas coisas: “Por um lado, ele pode mostrar que as abordagens operam no mesmo espaço conceitual. Elas são apenas *fragilmente* contingentes pois apresentam preferências normativas diferentes em relação ao mesmo espaço social. Por outro lado, elas ainda são *contingentes* porque suas preferências sobre o futuro da ordem social são diferentes.”

seja necessário algum tipo de filiação a eles. Acompanhar esses desenvolvimentos na verdade faz parte da atitude crítica de promover um diagnóstico do tempo presente, uma vez que eles por vezes influenciam as práticas do campo. Se a Teoria Crítica do direito não conta por exemplo com um diagnóstico sobre autoridades relativas (Roughan) ou sobre legalidades emaranhadas (Krisch), não há nada de errado em buscá-los em autores e autoras que adotam outras metodologias e perspectivas teóricas.

Finalmente, precisamos considerar que a Teoria Crítica é rica e variada, e outras referências são possíveis. Sobre nosso tema, as considerações de Habermas e Gunther não parecem representar de forma satisfatória nosso ponto de vista. Gunther, como discutimos no primeiro capítulo, parece relutante em abrir mão de uma distinção robusta entre direito e não direito, o que não nos parece descritivamente possível e nem normativamente desejável. Já em relação a Habermas, sua posição em prol de uma constitucionalização progressiva do espaço transnacional, para além das críticas já mencionadas, padece de uma certa inadequação no caso das autoridades públicas transnacionais.

Por outro lado, não há como diminuir a relevância e influência de Habermas nas discussões sobre fenômenos jurídicos transnacionais no âmbito da Teoria Crítica. Sua obra mais contemporânea costuma representar o principal ponto de inflexão para diagnósticos situados no campo crítico, mesmo que contenham críticas ou tensionamentos a ela. Logo, cumpre retomar algumas dessas discussões em nossa procura por um ponto de vista crítico sobre as condições de legitimação no espaço regulatório transnacional.

Um primeiro ponto a se destacar está relacionado ao ideal democrático defendido por Habermas, analiticamente separável de seu apelo à constitucionalização, em que pese a ligação entre direito e democracia ser fundamentalmente pensada a partir do contexto das constituições domésticas. Habermas parece pressupor que só é legítimo enquanto “público” aquilo que recebe a chancela dos Estados constitucionais ou então aquilo que remete a um *demos* localizado, razoavelmente identificável. No plano internacional, Habermas encontra esse *demos* inicialmente na noção de cosmopolitismo, e posteriormente na formação de uma cidadania supranacional no caso da União Europeia. Como afirma Gray (2020, p. 264),

Quando desafiado a estender sua teoria aos diagnósticos de legitimidade transnacional, Habermas se agarrou de forma consistente à crença de que apenas um *demos* único, deliberado através de uma esfera pública, pode garantir legitimidade ao direito internacional. Assim, toda vez que Habermas foi confrontado com essa questão, ele requereu a existência de alguma forma de sistema jurídico internacional federalizado.

A identificação de um *demos* é reputada como fundamental por Habermas não apenas pela representação de um poder constituinte, mas sobretudo pela possibilidade de se falar no estabelecimento de direitos propriamente ditos. Somente no contexto estatal seria possível observar a cooriginariedade entre direitos públicos e privados, entre prerrogativas e limitações do poder que detém autoridade jurídica, entre autoria e destinação das regras. À luz das dinâmicas de fragmentação de diversos setores do direito internacional, no entanto, Gray (2020, p. 264) observa que “a estabilização e a restrição do papel dos direitos pode acontecer em qualquer contexto jurídico particular e serve como meio de um acoplamento estrutural com quaisquer sistemas sociais”. Cada contexto de interação pode dar origem a diferentes direitos, que não podem ser estabelecidos *a priori* por uma espécie de “pacto” constitucional. Em vez de requer, por exemplo, que toda a governança seja “pública” no sentido de envolver um público determinado que se autosubmete a um conjunto detalhado de regras e princípios, talvez seja mais útil estender a relação entre direito e democracia, com todas as suas possíveis demandas, também a arranjos de governança privada.¹⁴⁵ É o que Schepel (2005) argumenta, por exemplo, em seu trabalho sobre a incorporação estatal ou internacional de padrões de segurança de produtos e serviços que são inicialmente elaborados por organismos privados, como empresas e associações.

Indo além, para Rainer Forst (2017, p. 168) assumir um *demos* em termos de Estado também significa reificar a democracia. Em sua concepção, que estabelece a democracia enquanto prática de justiça no âmbito transnacional, a “questão do *demos* relevante é respondida nos termos das estruturas existentes de dominação, e a resposta à questão da co-determinação e a forma institucional requerida dependem do grau de sujeição”. No caso das autoridades públicas transnacionais, especialmente aquelas que representam uma autoridade predominantemente técnica ou epistêmica (pensamos na ICANN ou na ISO), temos um grau de sujeição diminuído se compararmos com outros arranjos de governança global, de modo que a aplicação de formas institucionais pensadas para organismos como o Conselho de Segurança da ONU, por exemplo, farão pouco sentido nesses contextos.

¹⁴⁵ Indo mais além, essa constatação parece reverberar o pensamento de Cover (1986) sobre a violência do direito. Em vez de entender o sistema de coordenação da violência do Estado como fornecendo uma justificação satisfatória para seu exercício, o autor o via como uma tentativa, extremamente válida, de domesticação da violência – mas ainda assim violência. Como consequência desse raciocínio, que relativiza a suposta superioridade do direito estatal, Cover (1985, p. 182) chamava a atenção para o fato de que a violência em nome do direito deveria ser vista como “problemática da mesma forma se estiver sendo executada sob ordens de um juiz federal distrital, um mafioso ou o vice-presidente de uma corporação.” De forma semelhante, não é por prescindir de uma autoridade jurídica oficial que a governança privada não é capaz de produzir violência em termos de direito.

Mas se o ideal democrático que Habermas extrai das estruturas estatais não parece plenamente adaptável às condições do espaço regulatório transnacional, sua concepção de democracia deliberativa não padeceria, a princípio, dos mesmos problemas. De fato, Bohman (2007) consegue conservar esse aspecto do pensamento habermasiano em sua reconfiguração baseada na multiplicação de *demoi*. O próprio Habermas (2001, p. 111) defende que seu modelo “afrouxa os elos conceituais entre a legitimidade democrática e as conhecidas forças da organização estatal”. Além disso, como já mencionamos anteriormente, parte da literatura tem assumido os critérios da democracia deliberativa habermasiana como forma de avaliar a legitimidade de arranjos multissetoriais. Deveríamos então adotar esse modelo deliberativo na construção de nosso ponto de vista crítico?

Scheuerman (2008, p. 126) sustenta que a tendência do campo crítico tem sido essa: frequentemente toma-se a democracia deliberativa habermasiana como base, confrontando-a ou completando-a em aspectos pontuais. Não obstante, o autor observa que as abordagens inspiradas por Habermas costumam se dividir entre projetos cosmopolitas mais ambiciosos, que enxergam a possibilidade de sujeitar as decisões transnacionais a uma sociedade civil global, e diagnósticos mais cautelosos, que entendem que a comunicação de uma sociedade civil transnacional livre pode influenciar, mas não subordinar completamente os complexos processos alimentados pela globalização. E essa divisão, segundo ele, seria produzida por certa indecisão contida no próprio pensamento de Habermas, que oscilaria entre propostas mais radicais e diagnósticos mais resignados.

Scheuerman (2008) aponta como causa dessa oscilação certa fragilidade na forma como a democracia deliberativa é transposta para o cenário transnacional. Em primeiro lugar, seus defensores sustentam sua primazia em relação a outros modelos de democracia. Menos dependente de interações políticas “face a face” do que os modelos republicano e participativo, o modelo da democracia deliberativa se mostraria “mais apropriado para explorar as virtudes das formas relativamente abstratas de comunicação potencialmente transfronteiriça” que caracterizam o contexto jurídico e social pós-estatal. No entanto, Scheuerman (2008, p. 131) contesta esse suposto privilégio, destacando as dificuldades práticas que também acometem esse modelo:

Na verdade, a deliberação é uma forma de participação especialmente demorada e frágil, uma vez que ela requer muita paciência, uma rara disposição a ouvir os outros e uma avaliação cuidadosa de afirmações e reivindicações por vezes ambíguas. A obtenção de uma deliberação transnacional significativa tende a ser ao menos tão árdua e demandante nos termos do escasso recurso do tempo quanto outras empreitadas políticas transnacionais.

Mas deixando essas dificuldades práticas de lado por um momento, outra vantagem propalada pela defesa da democracia deliberativa seria a sua adequação em relação a uma deliberação política transnacional tida como descentralizada, que acontece simultaneamente em uma multiplicidade de associações e é marcada por formas “anônimas” de discurso, procedendo de formas complexas e inesperadas. Nesse ponto, Habermas e as abordagens que o seguem de perto se aproximam das teorias sistêmicas em sua tendência de valorizar mais a “matriz” discursiva anônima do que o papel de sujeitos individuais e localizados. Scheuerman (2008, p. 132) reconhece esse movimento em certa medida como compreensível, uma vez que normalmente estamos mais interessados “na resolução prática de qualquer que seja a questão ou tarefa em jogo do que em distribuir créditos por bons argumentos ou censuras por contribuições improdutivas”. Contudo, parece haver um limite quando separamos fortemente deliberações “concretas”, por um lado, e “dessubstancializadas”, por outro:

Se a sociedade civil deve obter como produto uma legislação coerente aceita por cidadãos e cidadãs que deliberaram sobre ela, ao menos em uma forma institucional relativamente indireta (por exemplo, por meio de órgãos representativos) o discurso e o debate sem sujeitos devem em última instância assumir uma forma vinculante unificada (isto é, aplicável de forma genérica). Na medida em que a produção de decisões políticas requer no limite que a sociedade civil fale com “uma voz”, uma unidade política ainda deve ser alcançada caso se pretenda que a sociedade civil “anônima” ou “sem sujeitos” fale de forma coerente e decisiva. (SCHEUERMAN, 2008, p. 132).

Com as instituições políticas formais do Estado fora de alcance, propostas institucionais inovadoras foram concebidas para estabelecer essa integração política minimamente necessária. Mas nas leituras baseadas na democracia deliberativa habermasiana o que se observa é uma certa negligência em relação a estruturas institucionais políticas e jurídicas dispostas a canalizar as mobilizações “anônimas” e por vezes reputadas como “espontâneas” que acontecem no âmbito na sociedade civil transnacional. A crítica principal de Scheuerman (2008, p. 128-129) a elas é a de que somente “influenciar” potencialmente os principais tomadores de decisão no espaço transnacional não é exercer poder efetivo; a influência deliberativa não faz jus, por si só, à ideia da democracia moderna de identificação entre autoria e destinação das regras.

Sabe-se que em grande medida o papel da sociedade civil no âmbito transnacional se vê restrito a formas de pressão – o *pouvoir irritant*, diria Krisch (2016). É inegável que, na maioria dos contextos, não há estruturas institucionais capazes de levar a opinião da sociedade civil definitivamente em conta nos processos decisórios, o que leva seus representantes a atuarem muitas vezes às margens das atividades oficiais, convocando protestos e boicotes, por

exemplo. Mas nos parece um equívoco, tomando-se uma perspectiva crítica, limitar a aspiração da teoria a mapear essas manifestações e afirmar que elas representam tudo que se pode pretender em termos de democracia no espaço transnacional. Como afirma Scheuerman (2008, p. 134), isso significa reduzir a ideia de autolegislação democrática a apenas um de seus pressupostos, que é o de uma sociedade civil livre para deliberar. Na ausência de dispositivos institucionais mais efetivos, no entanto, “aqueles que detém poder no plano globalmente atualmente continuarão a ignorar a sociedade civil global se assim desejarem”.¹⁴⁶

Em suma, a posição de Scheuerman (2008) é a de que os discursos podem ser impessoais e os tradicionais locais de deliberação podem não ser os mesmos, mas a exigência por unidade política no momento das decisões permanece no contexto transnacional, assim como os imperativos do *rule of law* continuam fundamentais. Uma adoção incauta do modelo de democracia deliberativa corre o risco de ignorar essas exigências e culminar em uma apologia das práticas existentes, que se darão por satisfeitas ao permitirem a formação de uma sociedade civil livre que delibera sobre os problemas e adota mecanismos de pressão aos quais tomadores de decisão podem nem sempre prestar a devida atenção.

Assim, em vez de Habermas, Scheuerman (2008) acaba buscando inspiração em outro autor da Teoria Crítica, que costuma ser muito menos lembrado: o jurista Franz Neumann, que vislumbrou no caráter de generalidade do direito um potencial instrumento “ético” para humanizar as relações sociais, e não um mero complemento ao capitalismo. Assim, em vez de pensar primeiro em modelos democráticos, Scheuerman (2008) opta por olhar para as “virtudes jurídicas” do direito como elemento de sustentação de qualquer ordem que busque se legitimar enquanto democrática. Essas virtudes ainda constituem, na visão do autor, um bom apelo para a adoção de regras procedimentais na governança global.

Na visão de Scheuerman (2008), a principal justificativa para processos de privatização do direito ou para a formação de regimes específicos por área é a demanda por dinamismo trazida por novas formas de interação socioeconômicas no âmbito da globalização. Procedimentos formalistas são muitas vezes vistos como anacrônicos pelos agentes transnacionais, que privilegiam decisões *ad hoc* ou tribunais arbitrais para resolver seus conflitos de forma rápida e efetiva. No entanto, não conviria descartar tão facilmente o direito formal e suas virtudes jurídicas – como generalidade, clareza, publicidade e constância – como forma de legitimar democraticamente o exercício de autoridade no espaço regulatório

¹⁴⁶ Scheuerman (2008, p. 135) também reluta em incorporar tão facilmente o sujeito em uma matriz discursiva anônima: “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”.

transnacional. As tendências de deformalização, por um lado, e a necessidade de legitimação via regras gerais, por outro, alimentam 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 dependeria, segundo o autor, de uma atitude crítica que coloca em suspeita o avanço de tendências antiformais no direito sob a mera justificativa do aumento da complexidade social. Scheuerman (2008, p. 79) acredita que Habermas possui um conceito de democracia mais rico que o de Neumann, mas negligencia indevidamente o aumento da incorporação de “standards morais” e de discricionariedade administrativa no direito produzido transnacionalmente. Além disso, parece não vislumbrar com muita clareza que no limite existe uma incompatibilidade entre os ideais da democracia e as estruturas capitalistas, como defendia Neumann. Em vez disso, à luz de movimentos globais neoliberalizantes, Habermas parece assumir, segundo Scheuerman (2008), que a democracia deva em certa medida se “adaptar” ou acompanhar processos econômicos e tecnológicos patológicos, como se eles fizessem parte de alguma marcha inexorável (rumo a que tipo de progresso?). Contra esta posição, Scheuerman (2008, p. 153-154) responde:

Por que então não começar por uma análise crítica da globalização que seja capaz de distinguir seus atributos históricos necessários dos transitórios, assim como entre características potencialmente positivas e patológicas? Se a democracia é forçada a acompanhar ou se ajudar tanto a uns como outros, ela sofrerá: instituições democráticas feitas sob medida para o capitalismo global tendem a não se mostrar normativamente atrativas.

A atitude irredutível de Scheuerman (2008) nos parece fundamental nos termos de uma visão crítica. Nessa passagem, em que parece recuperar a noção de “patologia social da razão”, o autor lança um apelo para que a Teoria Crítica, no afã de se adaptar aos desenvolvimentos regulatórios contemporâneos, não deixe de produzir modelos normativamente atrativos voltados à ideia de emancipação. A aposta inicial de Scheuerman (2008, p. 118) é a de que um “direito reflexivo”, liberado das “conotações antinormativas que Teubner lhe dá” e apoiado por uma medida suficiente de virtudes jurídicas clássicas, poderia

servir como “base útil para experimentos com novas formas de regulação econômica global”. No entanto, o radicalismo de Scheuerman (2011; 2014) o levou em direção a uma defesa pouco palatável de um Estado mundial em trabalhos posteriores, sob o argumento principal de que não deveríamos diminuir nossas pretensões normativas a modelos sabidamente injustos e inefetivos como os que temos atualmente no sistema internacional.

Uma alternativa à concepção deliberativa de Habermas que parece viável mas que ao mesmo preserva uma visão pluralista, isto é, que não reputa a ideia de um Estado mundial como grande solução para os problemas de legitimação que acontecem instituições internacionais e transnacionais, se encontra na já mencionada concepção de “multinormatividade” defendida por José Rodrigo Rodriguez. Esse termo é inicialmente entendido como uma forma de vislumbrar as múltiplas interações e conflitos existentes entre regimes transnacionais, organismos internacionais, sistemas jurídicos estatais, organizações da sociedade civil, povos tradicionais etc. Mas para além da mera descrição, ele também apresenta uma conotação normativa ao apontar para a necessidade da adoção de desenhos institucionais que compreendam a própria existência de diversas ordens normativas como um elemento importante do ponto de vista democrático (RODRIGUEZ, 2020, p. 264). Embora não adote essa terminologia, o pensamento de Berman (2019) se aproxima ao do autor na medida em que estabelece que as próprias condições da pluralidade constituem algo a ser preservado.

Ao tratar de processos de “captura regulatória” por parte de determinados sistemas que estariam produzindo uma “refeudalização” das estruturas decisórias no plano transnacional, Gunther (2020, p. 89) alerta que a ameaça representada pelas assimetrias de poder permanece mesmo em um ambiente que incentiva o “pluralismo de ordens normativas”. Contudo, como argumenta Krisch (2022, p. 504), há evidências empíricas que apontam que estruturas plurais não representam por si só uma ameaça à estabilidade jurídica ou aos princípios do *rule of law*, que é o temor expresso por Gunther (2020). A ameaça reside na verdade nas dinâmicas políticas e sociais subjacentes aos regimes, e não no fato deles serem plurais. Mais uma vez, o argumento de que o direito extrai sua força da unidade nos parece inapropriado como justificativa para desconfiar de uma abertura institucional à pluralidade.

Retomando nossa discussão principal, vislumbramos nas últimas páginas alguns caminhos pelos quais um ponto de vista crítico pode ou não prosperar na discussão que nos interessa, que versa sobre a legitimação das autoridades públicas transnacionais. Em Habermas, vimos que são pensadas fundamentalmente duas fontes de legitimação: ou via representação através dos Estados, ou via cidadania individual enquanto pertencimento a uma

sociedade civil global. Ambos os projetos dependem, segundo seus próprios defensores, de reformas institucionais e sociais amplas para serem colocados em prática. De outra parte, Scheuerman (2008) estabelece uma alternativa interessante inspirada em Neumann, que advoga pela manutenção de virtudes jurídicas características do direito liberal nos processos transnacionais de criação e circulação do direito. No entanto, suas observações o levam a uma proposta ainda mais utópica que as das abordagens habermasianas, que culmina na controversa defesa de um Estado mundial que incorpore essas virtudes jurídicas em seus processos de legalização.¹⁴⁷

As observações que fizemos no primeiro capítulo sugerem que uma defesa da pluralidade (ainda que não de forma absolutamente incondicional) se mostra importante não apenas para garantia da autonomia dos envolvidos, mas para o próprio funcionamento dos múltiplos regimes regulatórios e/ou jurídicos que operam no cenário transnacional. Não temos provas concretas de que arranjos multilaterais unificados constituam sempre a melhor solução, especialmente quando estamos tratando de assuntos como proteção do meio ambiente, normativas internacionais trabalhistas e administração da internet, apenas para mencionar alguns dos temas em que a atuação das autoridades públicas transnacionais tem feito a diferença. Vimos também que a constitucionalização dessas autoridades pode ser vista como possível, mas não deveria ser o objetivo principal das pretensões teóricas uma vez que, em última instância, constitucionalismo não é sinônimo de legitimidade.

Esse cenário parece sugerir que a assunção prévia de conceitos fechados ou ideais normativos específicos nem sempre é a melhor ideia. Mas no que então a Teoria Crítica diferiria de outras abordagens capazes de produzir diagnósticos sobre as complexas tendências do espaço regulatório transnacional? Nos parece que seu diferencial permanece relativamente o mesmo na comparação com suas formulações teóricas mais remotas: a manutenção do interesse pela emancipação como critério normativo para avaliar as tendências que se manifestam em diferentes tempos e contextos. Nesse sentido, mais do que por conceitos e autores específicos, um ponto de vista crítico deveria se pautar pela identificação de elementos chave na discussão, isto é, deve imaginar quais os debates imprescindíveis para se pensar a legitimação no contexto transnacional e, no nosso caso específico, no âmbito das autoridades transnacionais. Mas sem assumir posições prévias nos termos de pedidos de “constitucionalização” ou na assunção de modelos de democracia determinados que podem

¹⁴⁷ Para uma crítica sucinta mas ao mesmo robusta sobre essa proposta, ver Cohen (2014).

acabar se revelando contraproducentes à ideia de emancipação ao na verdade promoverem constitucionalizações ou arranjos democráticos puramente simbólicos.

Além disso, há que se ter em conta que o conceito de legitimação pode ser utilizado de uma forma descritiva ou normativa. O sentido puramente descritivo, construído à moda do que Horkheimer (1980) chamou de “teoria tradicional”, pouco interessa a uma visão crítica. Já em sentido normativo, Forst (2017, p. 133) recorda que a legitimação (ou legitimidade) sempre dependerá de algum conceito que se refira a procedimentos ou a um conjunto de normas e valores, como “a vontade de Deus, uma ordem estável, segurança jurídica, liberdade, democracia, igualdade ou justiça”. Nesse sentido, a legitimação é, segundo o autor, um conceito normativamente dependente: “sempre que ele possui um conteúdo normativo, seja na teoria ou na prática, ele deriva esse conteúdo de outra – se você preferir: mais profunda – ‘fonte’”.

No plano transnacional, nos parece que essa fonte deva ser representada primariamente pela ideia de emancipação, e não pelas noções – que eventualmente podem se agregar a essa fonte primária – de constitucionalismo ou democracia. Essa é a linha que Gray (2020, p. 263) parece seguir em suas já mencionadas observações sobre a legitimação do direito internacional:

A tarefa central para a teoria crítica é encontrar uma forma de incorporar a legitimação discursiva na arena internacional. Aspectos da sociedade moderna – de forma mais notável a crescente complexidade e interdependência social – afetam não apenas as circunstâncias de justiça, mas também a habilidade do *demos* (ou *demoi*) de controlar os processos sociais que dão origem a essa complexidade social. Em especial, precisamos de instituições especiais desenhadas para promover o input de um *demos* global fragmentado, incluindo o papel a ser concedido aos *demoi* transnacionais na ordem internacional.

O final dessa passagem levanta um primeiro ponto que nos parece digno de consideração em nossa discussão subsequente sobre o papel das autoridades públicas transnacionais: ao afirmar que “precisamos de instituições especiais desenhadas” para a promoção da legitimação, Gray (2020) assevera a importância de se pensar em termos de institucionalidade, na esteira do que Rodriguez (2013) tem preconizado sobretudo no contexto da democracia doméstica, mas que sua visão de multinormatividade transporta para além das fronteiras nacionais. Localizamos na noção de “autoridade pública” um primeiro passo para atender dessa demanda de institucionalização. Essa autoridade por vezes pode representar um centro mais simbólico do que verdadeiramente concreto de um regime, mas a menção a esse centro é fundamental para que possamos debater questões de desenho institucional.

Um segundo ponto importante diz respeito à incorporação de ferramentas que permitam uma abertura das autoridades transnacionais à pluralidade de normas, culturas, opiniões, reivindicações e contestações que possam surgir entre sua comunidade de atores afetados ou potencialmente interessados em suas regulações. Aqui o pensamento sobre multinormatividade, na linha das discussões pluralistas precursoras, chama a atenção para a importância de não se aferrar demasiadamente a uma concepção jurídica excludente de outras normatividades, mas ao mesmo tempo reconhece seu papel *jurispático* a ser executado conforme suas normas e processos.

Em terceiro lugar, outra discussão que nos parece fundamental diz respeito à tradição do *rule of law*. Ela constitui um objetivo desejável – e atingível – no contexto das autoridades públicas transnacionais? Ela pode conviver com outras potenciais alternativas? Em quarto lugar, aparece a discussão aparentemente inafastável sobre democracia. O ideal democrático ainda é necessário para as discussões sobre legitimação? Diante de tantas reconfigurações necessárias, até que ponto vale a pena falar, ou se pode falar, em democracia? Por fim, um último ponto põe no centro da discussão o critério normativo que consideramos mais caro à Teoria Crítica, o de emancipação. Como promovê-la dentro de estruturas jurídicas, mas fora das formas mais conhecidas do direito estatal e do direito internacional público?

Cada um dos cinco tópicos que levantamos aqui compõe uma das seções do próximo capítulo, que mergulha definitivamente no tema das autoridades públicas transnacionais. Antes, porém, cumpre fazer uma observação que reputamos como central sobre o que o ponto de vista crítico aqui adotado significa em comparação com a maior parte das abordagens que vimos nesse capítulo.

Uma teoria que se propõe como crítica e que trabalha com critérios normativos não significa uma teoria ideal normativa. Em que pese não ser propriamente um teórico crítico, Bernstein (2011) captou muito bem essa diferença ao propor uma perspectiva crítica e não normativa em seu estudo sobre a legitimação de formas não estatais de governança, que trataremos em mais detalhes no próximo capítulo. Em vez de pensar em eventuais critérios que deveriam contar como justificativas válidas para o reconhecimento de uma autoridade como legítima, Bernstein (2011, p. 19-20) prefere investigar justamente como determinados elementos são ou não vistos como justificativas. Em outras palavras, o que deveria ser aceito como legítimo é ao menos em parte formado por aquilo que é comumente visto como legítimo pelos envolvidos em determinada regulação.

A legitimação assume, portanto, um caráter flexível, não podendo ter suas bases firmadas *a priori* como acontece em modelos como o do “standard público global” proposto

por Buchanan e Keohane (2006). Sem deixar de lado o interesse emancipatório, um ponto de vista crítico deve avaliar a todo o momento quais são as demandas e as ofertas institucionais em jogo em cada arranjo regulatório para que não se alimentem falsas expectativas e não se procedo a uma simples apologia das práticas existentes, reduzindo indevidamente suas aspirações enquanto teoria.

4 LEGALIDADE E LEGITIMAÇÃO NO ÂMBITO DAS AUTORIDADES PÚBLICAS TRANSNACIONAIS

Na introdução da tese, definimos como autoridades públicas transnacionais aqueles organismos de governança com alcance transfronteiriço cuja formação não remete à união de esforços entre Estados por meio dos instrumentos tradicionais do direito internacional público. Cabe aqui retomar e ampliar essa conceituação que nos permitiu delimitar nosso objeto de pesquisa, cujo estudo em específico ocupa a totalidade deste terceiro e último capítulo.

Autoridades públicas transnacionais são criadas em resposta a demandas ou problemas suscitados por diferentes contextos sociohistóricos. Algumas delas emergem de uma necessidade ampla e praticamente universal de harmonização normativa em assuntos técnicos como consequência de mundo globalizado, como é o caso da ISO. Outras nascem como resposta a déficits de ação no plano internacional em determinados setores, como ocorreu com uma série de organizações ambientais surgidas após o relativo fracasso da conferência climática da ONU Rio-92.¹⁴⁸ A ICANN, como vimos anteriormente, surge a partir de uma decisão unilateral do governo norte-americano, que se aproveitou de sua situação privilegiada em termos de infraestrutura da internet. A WADA é criada em 1999 em meio aos esforços do Comitê Olímpico Internacional (COI) para que o problema mundial do doping no esporte possa ser combatido de forma organizada, o Comitê da Basileia nasce em 1974 como forma de coibir práticas bancárias recrimináveis que provocaram distúrbios no sistema financeiro internacional etc.

Parte significativa do que chamamos de autoridades públicas transnacionais é composta pelo que a literatura também chama de governança “privada” ou “não estatal”. À primeira vista, isso poderia soar como um contrassenso. Como pode a governança privada formar autoridades públicas? Para entender o que acontece, cumpre retomar o sentido de “público” aqui proposto: na linha de Zürn (2018), estamos falando de regulações que não se dão a “portas fechadas”. Mas além disso, em parte significativa delas também pode se falar propriamente em um interesse público, pois elas podem influenciar a conduta de indivíduos,

¹⁴⁸ “O desenvolvimento de regimes privados ambientais, por exemplo, é convencionalmente associado às falhas de regulação pública. O nascimento de muitos regimes florestais é descrito como consequência do fracasso do encontro de 1992 no Rio de Janeiro, que buscava alcançar consenso político para a criação de um tratado geral. As ONGs reagiram a esse fracasso aumentando a cooperação, e posteriormente criando novas entidades com escopo global, como por exemplo o Conselho de Manejo Florestal (FSC), que serviu de gatilho para a criação de outras organizações na área. De forma similar, o nascimento do Kimberley Process Certification Scheme (KPCS), relacionado a conflitos da mineração de diamantes, é visto como resultado de um fracasso em se proceder pelos meios do direito internacional público. (CAFAGGI, 2015, p. 6).

organizações da sociedade civil e até de Estados, mesmo que a origem das regulações resida em uma autoridade cujos membros não são agentes públicos, mas indivíduos especialistas, entidades empresariais ou ONGs. Ou seja, arranjos de governança podem ser privados na origem, mas públicos em termos de alcance.

Da mesma forma, embora algumas dessas autoridades transnacionais sejam conhecidas como “organizações internacionais” devido à importância de sua atuação na área de que se ocupam, como é o caso da ISO ou da International Swaps and Derivatives Association (ISDA), elas diferenciam-se das organizações intergovernamentais, cujos membros são os Estados nacionais. Essas diferenças não se restringem, contudo, à participação não exclusiva de Estados em sua formação, critério principal que utilizamos para classificá-las. Até mesmo por não precisarem respeitar dinâmicas próprias do multilateralismo, as autoridades públicas transnacionais adotam variados modelos institucionais e dinâmicas internas, conforme veremos ao longo deste capítulo.

Mas acima de tudo, o que há de peculiar nesses arranjos é a relativa indeterminação de seu caráter jurídico, ao menos sob a ótica da teoria tradicional do direito. Sua autoridade não deriva nem do direito estatal e nem do direito internacional público, embora ambos possam ser vistos eventualmente como um recurso à disposição para ajudar na tomada de decisões ou no estabelecimento de normativas próprias. Como vimos no primeiro capítulo, existe uma tendência de chamar esse direito emergente de “global” ou “transnacional”, mas nenhuma dessas expressões consegue se referir a um objeto tão delimitável quanto os direitos internacional e doméstico. Além disso, a existência de um “terceiro” direito – nem estatal nem internacional – não é uma condição nova trazida pelos processos de globalização, como também ressaltamos anteriormente.

Embora o alcance “transnacional” das relações seja por vezes uma novidade, diversos países há muito já experimentam no âmbito de sua jurisdição interna algumas interações com autoridades públicas que não se baseiam nem no direito estatal e nem no direito internacional. É o que acontece, por exemplo, na elaboração de padrões técnicos por parte de atores privados, como entidades da sociedade civil. Harm Schepel (2005, p. 1-2) traz uma narrativa interessante sobre esse tema. Em 1915, uma casa de jogos foi fechada em uma pequena cidade localizada no Kansas, nos Estados Unidos, depois que um inspetor identificou graves problemas na fiação elétrica do lugar. Verificou-se que o empreendimento não obedecia às normas de prevenção de acidentes elétricos estabelecida pela *National Fire Protection Association*, uma organização privada composta por eletricitas, bombeiros e outros atores preocupados com questões técnicas de segurança. A rigor, isso quer dizer que a empresa não

estava infringindo a lei do estado do Kansas, mas uma regulação privada. Logo, o caso envolvia uma complicada questão, que acabou chegando à apreciação da Suprema Corte do Kansas, no que viria a ser chamado de caso *Crawford*: pode alguém ser responsabilizado por violar normas emitidas por uma associação privada?

À época, a Suprema Corte do Kansas entendeu que, para valer enquanto direito exigível e aplicável, a regulação privada em questão precisaria primeiro ser incorporada à legislação pelas vias políticas tradicionais. Ou seja, o tribunal se pautou sobretudo pelo respeito às fontes jurídicas consideradas válidas, descartando eventuais benefícios sociais que a regulação privada gerava em termos de segurança. Mas como afirma Schepel (2005, p. 1-2), com o passar dos anos essa resposta ficou cada vez mais complicada de se sustentar:

Quase um século depois, os dilemas e questões do caso *Crawford* se multiplicaram e se intensificaram enormemente em face da privatização e da globalização. Padrões de segurança ao redor do mundo são escritos e aprovados por organizações privadas e semi-privadas. Em um processo fortemente acelerado por volta da última década, esses padrões têm sido cada vez mais harmonizados por federações de organismos de padronização regionais ou internacionais, por esquemas bilaterais desenvolvidos em conjunto ou pela exportação bruta de padrões para mercados estrangeiros.

Além de chamar atenção para a persistência do dilema técnico-político-jurídico que cerca a atividade da padronização privada, a passagem também mostra um tipo de interação cada vez mais comum. Com o passar dos anos e a complexificação do ambiente regulatório transnacional, começaram a surgir “meta-reguladores” dispostos a orientar a conduta de atores privados que estabelecem padrões em diferentes áreas como alimentação, agricultura, segurança de produtos, tecnologias da informação etc. Em vez de negar reconhecimento jurídico a normativas como a da *National Fire Protection Association*, governos nacionais passaram não só a aceitá-las como também a internalizá-las de forma cada vez mais organizada e sistemática, sobretudo por razões práticas comerciais.

Outro paralelo possível entre o tipo de regulação que as autoridades públicas transnacionais realizam e a atividade de organismos estabelecidos no âmbito doméstico são os conselhos nacionais de autorregulamentação publicitária. No caso do Brasil, o CONAR foi criado na década de setenta com o intuito de estabelecer controles prévios independentes em relação a publicidades abusivas ou enganosas, até como forma de evitar que o governo militar da época aprovasse uma lei que instituiria a censura prévia oficial às propagandas veiculadas no país. Diversos países do mundo contam com entidades semelhantes. Na Europa, houve inclusive um processo de transnacionalização deste âmbito, com a European Advertising

Standards Alliance (EASA) congregando diferentes conselhos nacionais com vistas à harmonização diante das leis europeias.¹⁴⁹

Mas se no âmbito doméstico regulações privadas como o CONAR são a exceção e ocupam por vezes um estreito espaço aberto por elas ou deixado pelas autoridades estatais, no cenário transnacional as autoridades não estatais se veem em uma situação bastante favorável em termos de oportunidades. As possibilidades de comunicação transfronteiriça são vastas, os problemas que demandam atenção transnacional são inúmeros e os organismos apoiados pelo sistema internacional de Estados são insuficientes para povoar o espaço disponível. Abbott, Green e Keohane (2016) mostram que as “organizações privadas regulatórias transnacionais” têm se proliferado rapidamente no âmbito da governança global, ao passo que as organizações intergovernamentais se encontram em considerável estagnação – um fenômeno cujas razões são fáceis de compreender quando consideramos a demanda por dinamismo existente em múltiplos setores da sociedade mundial e a dificuldade das estruturas multilaterais em constituir uma resposta à altura dessa demanda.

Não parecendo possível retornar a um cenário de renacionalização dos problemas ou de avançar em direção a um “constitucionalismo” global que assuma uma forma robusta, as autoridades públicas transnacionais passam a ser entendidas como peças fundamentais do quebra-cabeça regulatório da governança global. Sua atuação, para além de representar uma eventual ameaça à soberania dos Estados, se mostra na verdade como uma oportunidade de enfrentar uma série de problemas que demandam ações transnacionais, evitando muitas vezes os morosos e delicados jogos de negociação política que envolvem as relações interestatais.

Mas como assegurar que o exercício de autoridade transnacional seja legítimo? Como vimos, o equilíbrio dessas autoridades tende a ser mais frágil, motivo pelo qual inclusive optam por falar preferencialmente em legitimação (como um atributo flexível, dependente de comportamentos sempre mutáveis) em vez de legitimidade (como uma qualidade definidora da atividade que a autoridade desempenha). As formas clássicas do direito estatal ou internacional não podem sustentar essa legitimidade, uma vez que a origem das autoridades transnacionais normalmente remete a instrumentos jurídicos privados, normalmente vinculados a legislações específicas em termos organizacionais (lei da Califórnia no caso da ICANN, lei suíça no caso do TAS etc.), mas que não garantem qualquer tipo de autoridade legítima à dimensão potencialmente global da maioria dessas autoridades.

¹⁴⁹ Houve tentativa semelhante de integração na América do Sul por meio do Conared, mas a iniciativa não prosperou enquanto uma instituição específica, ficando relegada à realização de alguns encontros reunindo representantes de diferentes conselhos nacionais sul-americanos.

Contudo, não parece uma atitude prudente desconsiderar que essas autoridades possam produzir ou basear sua atuação em formas jurídicas. Como vimos no primeiro capítulo, essa atitude significaria a adoção de uma visão jurídica demasiadamente estreita. Por outro lado, sabe-se que nem tudo é direito. Grande parte das dinâmicas transnacionais é mais bem explicável por termos como governança ou regulação, conforme também ressaltamos anteriormente. Diante desse panorama, a questão que se coloca é: qual o papel do direito na legitimação dessas autoridades? Esse capítulo não se dedica a fornecer respostas definitivas diante da enorme variedade de autoridades envolvidas – mesmo que tenhamos reduzido nosso escopo àquelas consideradas “transnacionais”. Em vez disso, seguindo as balizas críticas que definimos no capítulo anterior, buscamos trazer alguns questionamentos a partir de temas que reputamos como fundamentais para compreender e eventualmente influenciar o debate sobre o direito das autoridades públicas transnacionais.

Mas para situar o tipo de questão que nos interessa, cumpre nesse primeiro momento trazer à tona um exemplo que revela um pouco sobre as circunstâncias interessantes do ponto de vista jurídico que podem ser encontradas no âmbito dessas autoridades, e o tipo de problemática que elas suscitam. Em 2012, ICANN foi chamada a decidir um intrincado caso sobre o registro do domínio de internet “.amazon”, que opôs uma corporação de origem norte-americana e uma coalização de países da região amazônica, liderados por Brasil e Peru. A empresa multinacional *Amazon, Inc.* solicitou para fins comerciais o registro desse domínio à autoridade, que é responsável pela concessão de domínios genéricos globais, os chamados gTLDs.¹⁵⁰ No entanto, os países da Organização do Tratado de Cooperação Amazônica (OTCA) se opuseram à criação do registro, uma vez que ele se refere a uma denominação geográfica, isto é, “Amazônia” em inglês. Ou seja, a empresa possuía um interesse legítimo no registro, mas havia um argumento forte para justificar uma reserva do domínio para os atores localizados no lugar a que o nome do domínio faz referência.

Essa é uma disputa (passaremos a chamá-la de Caso Amazon) que retrata bem a pluralidade de atores potencialmente envolvidos ou afetados pela governança global: uma autoridade pública transnacional decide uma questão que interessa a um grupo de Estados (que por sua vez representa negócios locais de seus cidadãos e cidadãs) e a uma empresa multinacional. Mas além disso, ela também evidencia um dos grandes problemas de

¹⁵⁰ Sigla em inglês para “domínio de topo genéricos” (*generic top-level domains*), isto é, aqueles domínios de alcance global, como “.com”, “.org” e “.net”. Até 2012, a abertura de novos domínios se dava apenas por iniciativa da ICANN – à época, havia apenas 21 gTLDs. Esse número explodiu quando a ICANN iniciou um programa que possibilitou que diversos atores interessados solicitassem novos domínios. Somente a empresa *Amazon*, por exemplo, solicitou na ocasião 76 gTLDs, incluindo o “.amazon”, enquanto a *Google*, outra gigante do ramo de tecnologia, solicitou 101 gTLDs. (VARGAS-LEON; KUEHN, 2015).

legitimação sobre o qual temos tratado: não havia fontes jurídicas estabelecidas a que se pudesse recorrer para resolver a disputa. Não porque a ICANN não se apoie em instrumentos jurídicos. A organização possui, por exemplo, uma *Política uniforme sobre resolução de disputas sobre nomes de domínio* (UDRP, na sigla em inglês). Inicialmente, a UDRP foi concebida para combater a prática do *cybersquatting*, o registro de domínios com nomes de atores econômicos ou sociais famosos por parte de terceiros, que posteriormente cobravam da empresa ou da instituição interessada altos valores pela venda do domínio. Ainda que tivesse sido criada para lidar com esse problema específico, com o passar do tempo a UDRP se transformou em um importante marco regulatório em constante atualização para lidar com variadas questões relativas a domínios. Ou seja, ela representa, junto com uma série de regulações sobre outros assuntos, como as chamadas *Bylaws*, o aspecto de “legalidade” – ou de “constitucionalidade”, caso se prefira – da ICANN.

Mas a primeira dificuldade encontrada pela ICANN na resolução do caso Amazon encontra-se justamente no fato de que sua controvérsia transcendia os domínios dessa legalidade. Considerando que as autoridades, especialmente as transnacionais, não dispõem de um grande material jurídico, essa é uma circunstância relativamente comum no âmbito na governança global. Assim como outras autoridades públicas transnacionais, a ICANN foi desenhada com o propósito de resolver problemas de ordem predominantemente técnica – nesse caso, a coordenação de interesses dos diversos participantes da internet em prol de uma rede aberta e segura. Mas por regular uma área tão central para as comunicações globais, dificilmente sua atuação poderia se manter circunscrita apenas a questões técnicas. Era de se esperar que ao menos algumas de suas decisões também comportassem consequências geopolíticas ou econômicas, por exemplo. O caso Amazon, aliás, não foi o primeiro a trazer consequências desse tipo no âmbito de atuação da ICANN (KARAVAS; TEUBNER, 2005; LINDSAY, 2013; VARGAS-LEON; KUEHN, 2015). Assim, é natural que problemas como o trazido pelo caso Amazon, que não se encontravam no radar da instituição, apareçam com o decorrer do tempo.

Um segundo fator complicador do caso é a presença de interesses políticos estatais na controvérsia. Como mencionamos anteriormente, os Estados possuem uma representação dentro da ICANN por meio de um órgão chamado GAC, cuja função é consultiva, sem poder de voto. No caso Amazon, foi por meio do GAC que os países amazônicos manifestaram à ICANN sua preocupação com a concessão do domínio “.amazon” à empresa norte-americana de mesmo nome, recomendado a negativa do pedido. Para que uma recomendação do GAC seja emitida, é necessário que nenhum Estado se oponha ao seu conteúdo. Apesar da suspeita

de que os Estados Unidos assumiriam o lado da empresa *Amazon* na disputa, eles optaram pela neutralidade, permitindo assim que o GAC apresentasse uma objeção à concessão de domínio em face das preocupações manifestadas pelos países amazônicos. (VARGAS-LEON; KUEHN, 2015, p. 15). Entretanto, na medida em que o caso foi se desenvolvendo a favor da empresa, os Estados Unidos passaram a assumir uma posição mais firme no sentido de que uma decisão favorável a ela deveria ser respeitada, o que gerou certo mal-estar entre alguns representantes de outros governos. Cumpre lembrar que as questões de “geopolítica” da internet estão sempre latentes, e muitos países não perdem qualquer oportunidade de contestar um possível controle norte-americano sobre a rede.

Não podendo recorrer a fontes jurídicas próprias, mas ainda assim precisando chegar a uma decisão que pudesse ser considerada legítima para as partes litigantes e, de forma geral, para todos os atores envolvidos na governança da internet, a ICANN precisou buscar outros meios de resolução. Primeiro, solicitou um parecer independente, junto a um especialista em direito internacional, com o intuito de buscar eventuais regras jurídicas aplicáveis ao caso. Mas em sua conclusão, o parecer evidenciou aquilo já se temia: não havia nenhuma norma de direito internacional, nacional ou regional que obrigasse a ICANN nem a aceitar e nem a negar à concessão do domínio à empresa norte-americana (ICANN, 2014). Essa é certamente a grande dificuldade do caso: a complexa inexistência de fontes legais – também para além das normas da própria ICANN – que pudessem ser mobilizadas para se chegar a uma decisão legítima. A ICANN estava decidindo uma questão inédita, com toda a pressão que uma decisão inédita carrega.

Um fato curioso é que as normativas de outra autoridade pública transnacional por pouco não ajudaram a resolver a questão. No edital do projeto de ampliação dos gTLDs, sob o qual o domínio “.amazon” foi proposto, havia uma previsão de reserva a nomes de cunho geográfico constantes em uma lista produzida pela ISO, que incluía por exemplo nomes de cidades ou regiões específicas. O estado brasileiro do Amazonas fazia parte dessa lista, mas não havia qualquer menção à região amazônica e muito menos ao termo em inglês “amazon”. Se essa denominação constasse na lista elaborada pela ISO, a ICANN poderia se basear em sua normativa como fonte válida para embasar a decisão do caso (POLITICS, 2019).

Não sendo possível uma solução do tipo, em 2014 a ICANN decidiu rejeitar o pedido da *Amazon* com base na recomendação do GAC, no que alguns estudiosos consideraram à época como um ponto final para o caso (VARGAS-LEON; KUEHN, 2015; BIANCHI, 2016). Mas uma vez que não havia embasamento jurídico para a rejeição do pedido, era de se esperar que a empresa recorresse da decisão. Foi o que aconteceu: a companhia levou a decisão da

ICANN a um painel de revisão independente, obtendo um parecer favorável. Isso levou a ICANN a reabrir o caso, iniciando um longo percurso de tentativas frustradas de negociação entre as partes e inúmeros adiamentos de uma nova decisão final. Somente em junho de 2020, passados oito anos do pedido de registro, a empresa *Amazon* finalmente obteve o domínio do ponto de vista técnico. E podemos dizer que a justificativa da ICANN não foi muito além do que diz uma fórmula jurídica historicamente consagrada: aquilo não é proibido, é permitido.

Esse breve resumo das idas e vindas do caso *Amazon* fornece um bom panorama sobre as complicadas condições de legitimação de autoridades públicas transnacionais como a ICANN. Mas permite também que lancemos uma hipótese: regras e procedimentos jurídicos mais sólidos poderiam ter tornado o caso um pouco menos complicado e demorado.¹⁵¹ É normal que as instituições de governança global enfrentem problemas com altos graus de ineditismo, mas justamente por isso elas devem se preparar para que ferramentas melhores sejam desenvolvidas para resolvê-los. Não é possível criar regras que antecipem completamente casos como o do domínio “.amazon”, assim como jurisdições estatais frequentemente também enfrentam casos inéditos, que desafiam o direito vigente ou os precedentes consolidados, dependendo da tradição jurídica. Mas assim como as democracias estatais contam com um “Poder Judiciário” devidamente constituído para fins de julgamento, uma “constituição oficial” que circunscreve sua atuação e a ideia de um “Estado (democrático) de direito” que lhe serve de sustentação principiológica, não seria absurdo pensar que instituições transnacionais fariam melhor se pudessem contar com estruturas e conceitos minimamente semelhantes.

Em outras palavras, estamos propondo que uma maior legalização no âmbito das autoridades públicas transnacionais tende a ser benéfica em termos de sua legitimação. Processos de legalização já se encontram largamente em curso em muitas dessas instâncias (como na própria ICANN), mas discussões sobre conteúdos de regras, procedimentos, critérios de participação, desenhos institucionais e muitas outras questões permanecem largamente em aberto. Nos parece que uma visão crítica é extremamente válida nesses debates, não para estabelecer modelos ou aspectos considerados ideais, mas apontando tendências emancipatórias e criticando dinâmicas autoritárias ou tecnocráticas que não levem em consideração possíveis interesses afetados pelas regulações.

¹⁵¹ Em termos de um processo judicial no Brasil, por exemplo, oito anos é um período longo, mas que por vezes pode ser considerado como normal. Mas oito anos em uma disputa por um domínio, no contexto extremamente dinâmico da internet e do comércio internacional, é uma demora gigantesca.

Sobretudo em razão das qualidades epistêmicas e técnicas de suas atividades, as autoridades públicas transnacionais podem desempenhar um papel fundamental na governança global, seja fornecendo soluções para problemas transfronteiriços ou mesmo influenciando ações nacionais ou locais de proteção de bens comuns. A ideia de se pensar a construção do direito nessas autoridades aparece justamente no intuito de ampliar esse potencial, reduzindo possíveis consequências nefastas de exercícios autoritários de poder no âmbito transnacional.

A primeira seção do capítulo introduz a relação entre direito e legitimação no âmbito transnacional por meio das discussões sobre desenho institucional. Embora à primeira vista pareçam pertencer mais à ciência e à filosofia políticas, é importante que essas questões também sejam avaliadas sob a ótica do direito, na esteira do que Rodriguez (2013; 2019) tem afirmado. A segunda seção trata da relação entre a adoção de critérios jurídicos e a noção de procedimentos de legitimação. A terceira aborda o potencial emancipatório contido na ideia de *rule of law*, enquanto a quarta recoloca o debate sobre ideais democráticos no plano transnacional sob uma perspectiva crítica. Finalmente, na última parte propomos uma noção que seria capaz de traduzir o conceito de emancipação no direito para além de suas formas estatais e internacionais públicas.

4.1 Desenhos institucionais

Autoridades públicas transnacionais adotam diferentes desenhos institucionais conforme a demanda que visam atender e as diferentes constelações de poder que resultam da presença de diferentes tipos de atores em seu interior e nas “bordas”, isto é, nos espaços sociais possivelmente afetados por suas regulações. O único aspecto estrutural que elas certamente compartilham, em função de sua própria definição, é a não adoção do multilateralismo que caracteriza as organizações intergovernamentais.

Mencionamos ao longo do trabalho algumas das possíveis vantagens e desvantagens do modelo multilateral. Em termos de representação, a participação via Estados costuma ser acompanhada de um caráter reconhecido de legitimidade política, uma vez que estes são juridicamente autorizados por suas estruturas institucionais a exercer poder em nome das sociedades que representam. Contudo, sabe-se que mesmo nas democracias o objetivo do sistema político não é fazer com que cidadãos e cidadãs entreguem completamente sua voz aos poderes instituídos, mas sim estabelecer ferramentas de participação e controle para que o interesse das majorias se reflita nas escolhas políticas e, ao mesmo tempo, as minorias sejam

respeitadas. Como diversas crises de legitimidade democrática ao redor do mundo tem mostrado, nem sempre consideráveis parcelas da sociedade se veem representadas pelas decisões políticas de seus governantes, o que inclui assuntos de política externa.

Seja em arranjos institucionais mais estabelecidos como o Conselho de Segurança da ONU e o FMI, ou mais dinâmicos como o Protocolo de Kyoto, percebe-se que pressões sociais nem sempre (ou raramente, na verdade) são capazes de acarretar mudanças nas estruturas multilaterais ou no comportamento de seus Estados membros. A participação crescente de organismos da sociedade civil no âmbito das organizações intergovernamentais tem sido fundamental para, no mínimo, estabelecer tensionamentos à ação de determinados governos. Mas os limites do multilateralismo não tendem a permitir grandes reformas ou transformações como as propaladas, por exemplo, por parte da literatura que mencionamos no capítulo anterior. A tradição realista das relações internacionais recorda permanentemente, com razoáveis justificativas e exemplos concretos, que os Estados podem na maior parte do tempo simplesmente perseguir seus próprios interesses.

Isso não quer dizer que o próprio multilateralismo não tenha desenvolvido ferramentas ou mesmo desenhos institucionais capazes de enfrentar o estigma realista. A postulação dos indivíduos enquanto sujeitos do direito internacional em diversos instrumentos jurídicos e o estabelecimento de cortes internacionais e supranacionais de direitos humanos atestam isso, mesmo que os resultados dessas iniciativas por vezes ainda permaneçam à sombra de complicadas relações geopolíticas. Autoridades públicas transnacionais também não estão completamente livres do envolvimento com questões geopolíticas estatais, como atesta o exemplo da ICANN. Mas suas principais dificuldades costumam ser outras, passando justamente pela ausência das garantias de legitimação fornecidas pela adoção de modelos multilaterais. Mas antes de tratar dos possíveis modelos que essas autoridades assumem, cumpre entender o cenário mais amplo que serve como pano de fundo para sua formação.

Como vimos anteriormente, a ICANN surgiu em uma espécie de vácuo jurídico: não havia qualquer preceito nacional ou internacional disposto a resolver a questão da alocação de autoridade sobre a internet. No entanto, não se pode dizer que havia um vácuo político, social ou econômico. Muito pelo contrário: a autoridade da internet se mostrou problemática justamente porque se criou um espaço de conflitos povoado por diferentes atores, como Estados, indivíduos especialistas, organismos intergovernamentais e movimentos da sociedade civil. Em casos como o da ISO ou do TAS, o panorama que cercou a formação dessas autoridades foi um pouco menos complexo e tumultuado, mas ainda assim constata-se a presença de diferentes tipos de atores com diferentes interesses, o que também resulta em

diferentes demandas por legitimação. Essa pluralidade de agentes envolvidos naturalmente se reflete em vinculações mais amplas com outros âmbitos:

Na governança global centrada nos Estados, regras e normas amplas da sociedade internacional geralmente coincidem com as normas da comunidade que confere legitimidade, uma vez que os Estados as criam por meio de interações estruturais socioestatais. Redes não estatais ou híbridas também podem gerar seu próprio ambiente normativo, mas suas interações nunca estão completamente desvinculadas de sistemas econômicos, sociais e políticos mais amplos (BERNSTEIN, 2011, p. 24).

Como em quase todos os temas que dizem respeito às autoridades transnacionais, é difícil estabelecer um panorama geral que retrate com relativa acuidade a realidade de cada uma delas. Contudo, nos parece que uma esquematização mínima que levante alguns pontos estruturais comuns pode ser útil ao debate. Baseando-se sobretudo na governança ambiental e social, Bernstein (2011) oferece um esquema desse tipo que nos ajuda a entender o que se passa no entorno das instituições de governança, lugar que procuramos incluir anteriormente com a noção de espaço regulatório transnacional. A figura a seguir pode ser lida como uma classificação ideal sobre o que encontramos nesse espaço onde as demandas por legitimação são formadas, o que por sua vez pode influenciar na adoção de determinados desenhos institucionais por parte das autoridades transnacionais:

Figura 4 – Condições de legitimação nas autoridades públicas transnacionais



Fonte: elaborada pelo autor, com base em Bernstein (2011).

A expressão “estrutura social internacional”, derivada da literatura construtiva das relações internacionais, se mostra como uma noção bastante produtiva para compreender como as autoridades transnacionais são ao mesmo tempo livres em termos organizacionais e orientadas por expectativas oriundas de seu entorno. A ideia básica que esse conceito reflete, segundo Bernstein (2011, p. 25), é a de que “normas previamente institucionalizadas definem cursos de ação apropriados ou não, formas institucionais legítimas ou não, e criam assim um contexto no qual análises de custo-benefício ocorrem”.

No caso da governança ambiental e social, Bernstein (2011) identifica três grupos de normas que compõem essa estrutura social internacional. O primeiro tipo é certamente o mais abrangente a outros tipos de governança: são as normas vinculadas à legitimidade concedida pela soberania estatal, sejam elas normas jurídicas previstas em tratados ou instrumentos *soft* característicos da governança global, como planos de ação e declarações de intenções de organismos internacionais. O recurso a essas normas está ao alcance das autoridades transnacionais em seus processos de legitimação, mas elas certamente não representam a única fundamentação possível, “especialmente quando comunidades afetadas demandam governança depois que os Estados falharam a agir” (BERNSTEIN, 2011, p. 26). A governança ambiental de organismos como o FSC e o MSC certamente representa um bom exemplo em relação a esse último aspecto, mas é possível encontrar exemplos em outras áreas, como no caso da ISDA ou do BCBS.

Já outros dois tipos de normas, que derivam de políticas econômicas liberalizantes reinantes na sociedade global e de um consenso cada vez maior em torno da adoção de formas democráticas ocidentais, sobretudo após o fim da Guerra Fria, tendem a apresentar maior variação de impacto dependendo da área de governança ou da instituição a ser considerada. É difícil pensar em alguma autoridade livre da influência dessas demandas normativas, mas instituições como a ISO, a WADA ou o TAS em teoria são menos impactadas do que arranjos de governança ambiental, por exemplo – e muito menos do que uma instituição de governança econômica como o Comitê da Basileia. No caso da ICANN, essa influência pode ser apontada em seu próprio processo de formação, embora ela certamente não tenha orientado completamente o comportamento da instituição nos anos subsequentes, especialmente após o governo Obama a ter “liberado” de seu vínculo com o Departamento de Defesa norte-americano. Seja como for, a simples existência dessas normas (e pressões) no sistema internacional, que apontam para a necessidade de liberalização econômica e democratização política, constitui um fator a ser considerado nas discussões sobre legitimidade da governança

transnacional. A soma dos três aspectos suscita a seguinte avaliação de Bernstein (2011, p. 27):

Esses elementos operam em parte através de uma estrutura social discursiva e de um papel disciplinador. Por exemplo, ainda que possa inexistir uma hierarquia formal de leis internacionais, existem instituições que desempenham um papel dominante – talvez até hegemônico – em práticas de legitimação e deslegitimação. No caso dos membros da aliança ISEAL que buscam estabelecer padrões, acordos da OMC, especialmente acerca de Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT), definem requisitos para o reconhecimento de um organismo de estabelecimento de padrões que seja legítimo.

Ainda que o contexto de cada autoridade seja variável, a noção de estrutura social internacional nos afasta de qualquer fantasia sobre a formação de um direito completamente “novo” nas instituições transnacionais, supostamente liberado dos vícios encontráveis em suas versões estatais e internacionais. A ICANN, por exemplo, pode ter desempenhado um papel louvável em relação ao bom funcionamento da internet, mas ela nunca foi uma “lei própria” de um ciberespaço imaginado como autônomo em relação às constelações concretas de poder oriundas das relações entre Estados. Assim como a profecia de um ambiente digital completamente avesso a territorializações não se cumpriu, a ICANN não é um lugar de criação *ex novo* do direito relativo aos aspectos centrais da internet.

Mas passando para o outro lado destacado pela Figura 4, vemos que o desenho institucional das autoridades transnacionais não obedece apenas aos imperativos da estrutura social internacional, mas também deve responder às demandas de sua comunidade de atores diretamente regulados ou indiretamente afetados. Há pelo menos duas considerações principais a serem feitas a respeito dessa esfera. Primeiro, a dificuldade de precisar as fronteiras dessa comunidade, o que de acordo com Bernstein (2011, p. 28) se revela como uma “tarefa empírica e interpretativa” que “dificilmente se dá sem controvérsias”. Em princípio, a comunidade relevante abrange os criadores de regras e aqueles atores aos quais tais regras são endereçadas, mas há que se considerar que

[...] mesmo quando uma instituição busca legitimidade a partir de uma comunidade definida (por exemplo os Estados no caso do Protocolo de Kyoto ou as empresas participantes e ONGs apoiadoras no caso de sistemas de certificação), suas regras podem ter implicações para uma comunidade mais ampla (como ONGs ambientais no caso do Protocolo de Kyoto e atores setoriais não participantes, organizações que estabelecem padrões ou Estados no caso dos sistemas de certificação).

Essa dinâmica multifacetada nos leva à segunda observação, que versa sobre a importância de considerar que diferentes atores podem apresentar diferentes critérios de

legitimação em relação à autoridade. Estados podem entender, por exemplo, que sistemas de certificação como o FSC podem ameaçar o desenvolvimento da atividade econômica de empresas locais por meio do estabelecimento de exigências difíceis de serem cumpridas, o que pode acarretar danos à reputação dessas empresas perante o mercado. Por outro lado, ONGs podem denunciar que os padrões dos sistemas se encontram em um nível intoleravelmente baixo, o que incentivaria a prática do chamado *greenwashing*, isto é, a injustificada legitimação de empreendimentos como ambientalmente sustentáveis. Quando passamos para questões climáticas mais abrangentes, como a redução dos gases poluentes responsáveis pelo aquecimento global, o conflito entre essas posições tende a ser ainda mais drástico.

Assim poderíamos nos perguntar se, a partir de um ponto de vista crítico, existiria algum tipo de ator mais privilegiado em termos de emancipação, cujas demandas por legitimação deveriam ser consideradas prioritárias. A princípio, nossa resposta tende a ser negativa, embora haja candidatos que sustentem uma “aparência” mais favorável a representar tendências emancipatórias, como as ONGs transnacionais. Como Wapner (1995) mostrou, há décadas as ações de ONGs não se limitam simplesmente a influenciar o comportamento dos Estados, mas se refletem também no engajamento em atividades políticas fora do sistema interestatal; elas são entidades particularmente importantes na criação e no desenvolvimento de autoridades públicas transnacionais, especialmente nos chamados sistemas NSMD. Poucos organismos são capazes de unir as virtudes da organização institucional e da participação social com uma ênfase no interesse público. Mas seria precipitado localizar nelas, de forma definitiva, a defesa de interesses emancipatórios. Nem sempre elas representarão a totalidade desses interesses, e seria arriscado demais – além de demandante para elas – reputá-las como “legítimas” representantes da sociedade civil no plano internacional. Em outras palavras, as ONGs não necessariamente representam de uma forma mais sólida interesses emancipatórios em relação a Estados ou outras classes de atores, mas certamente seu modo de ser favorece a defesa desse tipo de interesse considerando suas possibilidades de engajamento e o nível reduzido de constrangimentos políticos e econômicos aos quais elas normalmente são submetidas.

Ao mesmo tempo, algumas demandas, mesmo que não estejam restritas a certo tipo de ator, podem sim ser identificadas como prioritárias em termos emancipatórios. Não cabe à visão crítica que delineamos elencá-las do modo como teorias ideais normativas o fazem, embora haja um relativo consenso de que algumas virtudes são basilares, como a adoção de mecanismos participativos efetivos, o respeito a direitos derivados do pertencimento a

comunidades nacionais e supranacionais ou do estabelecimento de normativas no plano internacional, ou a transparência e a publicidade nas decisões sempre que não houver uma justificativa razoável em sentido contrário.

Mas nesse momento, o que nos interessa de um ponto de vista crítico é identificar desenhos institucionais que favoreçam o aparecimento, a centralidade e o respeito a essas pautas, de modo que a comunidade de atores regulados ou afetados possa considerar que a autoridade ao menos não é ilegítima em razão de sua própria organização institucional. Nesse sentido, mesmo propostas orientadas para o contexto doméstico não devem ser facilmente descartadas enquanto possível fonte de inspiração, como as sugeridas por Rodriguez (2019b).

Como modelo genérico, o multissetorialismo tem se destacado há décadas enquanto estrutura capaz de aliar eficiência, transparência e ampla participação na gestão de alguns assuntos transnacionais. De acordo com a definição básica de 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.”

Essa estrutura institucional é particularmente bem-sucedida no âmbito da governança da internet, internacionalmente a cargo da ICANN (NYE, 2014; RAYMOND; DeNARDIS, 2016) e, no Brasil, do Conselho Gestor da Internet (CGI), ambas iniciativas multissetoriais que reúnem especialistas, membros do setor empresarial, agentes governamentais e demais atores públicos e privados. 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.

Em áreas e problemas cujas conseqüências sociais, econômicas e políticas são amplas e potencialmente difíceis de dimensionar, ou em setores que já contam com a participação intensa de diferentes tipos de atores (como a situação da governança da internet no período pré-ICANN), o multissetorialismo se apresenta como uma ótima alternativa institucional. Em que pese a necessidade de ser complementada pela adoção de procedimentos e regras, conforme trataremos a seguir, a estrutura multissetorial tende a favorecer que diferentes opiniões sejam levadas em consideração nas tomadas de decisão.¹⁵²

¹⁵² No caso *Amazon*, por exemplo, em dado momento a ICANN chegou a abrir uma consulta pública em que qualquer usuário da internet poderia opinar sobre a questão. Apesar dos efeitos práticos dessa consulta serem

Mas há casos que envolvem regulações mais específicas, como o estabelecimento de padrões sobre bens e serviços, que costumam ser mais fechados à participação ampla, muitas vezes em virtude da própria especialização técnica requerida. Nesses casos, temos o que Cafaggi (2015, p. 2) chama de reguladores privados transnacionais (*transnational private regulators*) ou, na sigla em inglês, TPRs – termo que cobre uma ampla gama de regulações setoriais:

[...] da segurança de produtos a serviços financeiros, de direitos de propriedade intelectual à governança florestal, da proteção de dados à aviação civil, do comércio eletrônico às medidas anticorrupção e contra lavagem de dinheiro. [Os TPRs] permeiam atividades de muitas indústrias e impactam nas escolhas de consumidores, investidores, empregadores e organizações ambientais. Em muitas áreas, os regimes privados transnacionais complementam, suplementam ou antecipam a regulação pública. Esses regimes são voluntários e promovem padrões mais rígidos do que aqueles emanados por legisladores públicos domésticos e internacionais.

É importante destacar que apesar desses regimes serem “voluntários”, no sentido de que a adesão a eles não é obrigatória, não estamos tratando aqui dos “códigos de conduta” empresariais, que são instrumentos de autorregulação. No caso dos TPRs, nem sempre reguladores e entidades reguladas coincidem, podendo haver a inclusão tanto de “beneficiários do processo regulatório” como, ainda que menos frequentemente, de “representantes das comunidades afetadas negativamente pelos padrões privados” (CAFAGGI, 2015, p. 2). Os TPRs são regimes privados, mas que atuam em nome de interesses públicos – o que justifica sua classificação enquanto autoridades públicas transnacionais.

As possibilidades de arranjo dos TPRs são inúmeras e muitas vezes constituem um assunto de interesse bastante específico para quem se encontra envolvido na área de regulação correspondente. Contudo, é digna de nota uma das repostas que tem sido dadas a um problema bastante comum em muitas áreas, que é a intensa proliferação de TPRs. Se por um lado essa proliferação representa um pluralismo regulatório potencialmente benéfico para as entidades reguladas, em certos casos ela acaba gerando problemas de conciliação ou mesmo uma competição prejudicial entre os próprios reguladores. Para além de iniciativas que visam organizar ou controlar os TPRs pela via das organizações públicas, uma solução importante tem sido o que Cafaggi (2015, p. 7) denomina como “meta-regulação” privada.

Sem se incorporar a instrumentos jurídicos homogêneos que caracterizam a regulação internacional pública, alguns TPRs tem buscado ajustar suas identidades e operações

de difícil mensuração, essa é certamente uma atitude louvável do ponto de vista da transparência e da publicidade.

delegando poder a instituições mais abrangentes, especialmente quando percebem haver “um consenso razoável acerca da necessidade de harmonizar princípios”. Esse movimento pode ser estimulado por diferentes agentes, conforme descreve Cafaggi (2015, p. 4):

O nascimento e a consolidação da meta-regulação privada é por vezes guiado pelas entidades reguladas, por vezes por organizações privadas independentes e outras vezes por entidades públicas, principalmente organizações internacionais. Em muitos casos, o papel de entidades públicas, governos nacionais e/ou organizações internacionais tem sido bastante influente na consolidação do poder e na legitimação de meta-reguladores privados.

Apesar de observar muitas variações conforme os objetivos regulatórios em jogo ou a cultura organizacional estabelecida em cada âmbito, que gera diferentes prioridades em termos de regras e processos, Cafaggi (2015, p. 5) observa que as “cartas” de formação desses meta-reguladores privados costumam se assemelhar umas às outras, o que sugere a existência de um desenho institucional mais ou menos estabilizado que tem sido replicado e adaptado em diferentes contextos regulatórios. Novamente, é o multissetorialismo que emerge nesse cenário. Conforme a meta-regulação vai se ampliando, estruturas multissetoriais vão sendo gestadas de forma, senão a substituir, ao menos a complementar a presença exclusiva de determinado ator privado na regulação em que atua. Promovendo a participação de forma coordenada, essas estruturas “frequentemente reduzem a competição regulatória ao mesmo tempo em que impulsionam a cooperação” (CAFAGGI, 2015, p. 7).

Uma subdivisão em termos de desenho institucional desses meta-reguladores privados se dá entre modelos baseados ou não na qualidade de membros (*membership*) concedida aos entes regulados. Essas diferenças são importantes em termos das relações de poder no interior da regulação, o que afeta suas funções e objetivos. Em organismos em que as entidades reguladas não gozam da condição de membros, como no caso da ISO ou da Global Food Safety Initiative (GFSI), estas tendem a possuir menor influência na definição das políticas que orientam a meta-regulação na comparação com arranjos onde a qualidade de membro é acessível, como na ISEAL. Conforme Caffagi (2015, p. 20), enquanto o modelo não baseado na qualidade de membro das entidades reguladas pode ser visto como mais hierárquico e tecnocrático, o outro modelo pode ser considerado como participativo ou associativo.¹⁵³ No primeiro caso, o objetivo principal é o desenvolvimento de “princípios e padrões que possam ser usados livremente pelos reguladores”; no segundo, o processo de criação e o formato da

¹⁵³ Essas diferenças podem, contudo, ser suavizadas; organizações baseadas na qualidade de membro podem, por exemplo, implantar comitês técnicos que “reafirmem componentes tecnocráticos” nesses modelos predominantemente participativos. De outra parte, esses comitês podem mostrar que um potencial papel positivo desempenhado pela representação de interesses em modelos tecnocráticos. (CAFAGGI, 2015, p. 20).

meta-regulação costuma atender às necessidades específicas desses reguladores (CAFAGGI, 2015, p. 9).

As decisões efetivas sobre o modelo a ser adotado são guiadas por diversos fatores, mas de um ponto de vista crítico nos parece fazer sentido avaliar esses modelos sobretudo em razão de sua capacidade de preservar o sentido original da regulação, isto é, o bem comum envolvido que a autoridade visa proteger por meio de sua atividade de governança. Nesse sentido, é compreensível que uma organização que reúne padrões técnicos de inúmeras áreas como a ISO não assuma um modelo segundo a qual toda entidade potencialmente regulada é um membro da instituição. Além de tecnicamente inviável, um modelo que previsse um maior poder de decisão às entidades reguladas correria o risco de comprometer o diferencial epistêmico que a instituição cultiva desde os primórdios de sua fundação. Em sentido oposto, por vezes é mais importante que a instituição de governança esteja próxima das demandas e capacidades concretas das entidades envolvidas para que mantenha sua efetividade, ocasião em que arranjos baseados no pertencimento enquanto membro farão mais sentido.

No limite, nenhum modelo parece capaz de afastar definitivamente influências nefastas de governos ou poderosos atores econômicos interessados no controle de regulações de interesse público. Mas é possível adotar modelos que reduzam essa ameaça. Esse é um aspecto central a ser levado em consideração por qualquer avaliação crítica sobre o desenho institucional de autoridades públicas transnacionais. O atendimento às demandas e reivindicações da comunidade de atores regulados e afetados é importante, assim como a adaptação à “estrutura social” que cerca a instituição de governança. Mas a razão de ser do desenho institucional da autoridade deve ser o bem comum que ela se dispõe a proteger por meio das virtudes epistêmicas e técnicas que ela possui.

Por fim, cumpre observar que em termos de qualidade do direito produzido ou da fecundidade da relação entre legalidade e legitimação, não nos parece haver nada que em princípio reduza o potencial de estruturas multissetoriais quando comparadas a arranjos intergovernamentais, baseados na noção de soberania estatal. A capacidade de gerar legitimação a partir do direito parece muito mais ligada à adoção de procedimentos ou regras, conforme abordaremos nos tópicos a seguir.

4.2 Procedimentos de legitimação

Procedimentos são aspectos fundamentais da relação entre legalidade e legitimação no contexto das democracias constitucionais. Eles dão forma concreta às garantias que um

Estado democrático de direito promete a seus cidadãos e cidadãs e aos controles aos quais o poder político deve se submeter. Na esfera de autoridade de um Estado democrático de direito, nenhum indivíduo em tese pode ser julgado sem o devido processo legal; nenhuma intervenção estatal é admitida sem uma justificativa prévia e razoável; nenhuma legislação pode ser promulgada de modo a favorecer ou prejudicar um grupo específico; nenhum poder instituído pode desprezar aspectos formais do funcionamento do Estado no exercício de sua autoridade.

No direito internacional, o estabelecimento de garantias desse tipo é um pouco mais complexo e truncado. Em relação à formação de instrumentos jurídicos internacionais que resultam do consenso entre países, como tratados e acordos internacionais, existe um considerável conjunto de normas positivadas ou *jus cogens* que gozam de legitimidade perante a sociedade internacional. Mas em relação a questões que não podem depender completamente da noção de consenso, como a proteção de direitos humanos, os desafios tendem a ser maiores. Declarações de direitos humanos – que muitas vezes carregam previsões específicas sobre a proteção de direitos sociais, políticos ou econômicos – cumprem uma função normativa fundamental no âmbito internacional, mas elas não são facilmente acompanhadas pela criação de estruturas institucionais dotadas de procedimentos sólidos. Propostas de legalização internacional têm de sempre considerar a necessidade da formação de consensos mínimos entre os países e o respeito ao princípio da soberania estatal; mesmo que, como vimos anteriormente, a emergência da governança global tenha criado soluções que conseguem em muitos casos contornar esses desafios e estabelecer autoridades internacionais de fato.

Mas e no contexto das autoridades públicas transnacionais, de que forma a legitimação passa pela adoção de procedimentos, e sob quais bases eles são construídos? Inicialmente, cumpre mencionar que eles frequentemente não são considerados como “jurídicos”, ou ao menos não na mesma medida que aqueles procedimentos que caracterizam o direito doméstico e, em boa parte, o direito internacional. Em algumas meta-regulações privadas, segundo Cafaggi (2015, p. 16), “a efetividade da meta-regulação é baseada inteiramente em mecanismos não jurídicos”, como pressões econômicas contra partes que não estão cumprindo as normas estabelecidas. O mesmo se verifica em boa medida no que Bernstein (2011) denomina como sistemas NSMD. Nesses contextos, a ideia de sanções jurídicas inclusive costuma fazer menos sentido do que outros tipos de incentivo a bons comportamentos.

Contudo, como vimos no primeiro capítulo, falar em mecanismos “não jurídicos” é por vezes tão delicado quanto sustentar, conforme a teoria pluralista é frequentemente acusada de fazer, que uma determinada regulação é jurídica. Termos como *soft law* emergiram na literatura justamente para enfatizar que algumas normas e procedimentos ainda podem ser vistos como jurídicos apesar de não conterem elementos tradicionalmente associados ao conceito de direito, como a ideia de sanção. Mas longe de resolver a questão, essa terminologia suscita uma série de questionamentos acerca do exato momento em que uma regulação passaria a ser orientada por instrumentos devidamente jurídicos, como mostramos no primeiro capítulo em relação aos sistemas NSMD. Nossa solução para escapar desse dilema foi substituir uma distinção mais robusta entre direito e não direito pela identificação de um olhar interessado que dota determinada norma, procedimento ou regulação de um significado jurídico conforme as categorias de direito que lhe importam ressaltar.

Assim, nos parece interessante relativizar afirmações como a de Cafaggi (2015) sobre a prevalência de mecanismos inteiramente “não jurídicos”; não no sentido de que elas proporcionem diagnósticos equivocados, mas de que elas não excluem a possibilidade de pensar a partir de um viés jurídico. Regulações transnacionais podem gozar de um alto grau de legitimação perante seus regulados e afetados sem que elas se vejam enquanto jurídicas. A legalidade não é um requisito absolutamente necessário para a legitimação desses arranjos. Mas parece temerário, à luz do papel que a legalidade foi historicamente capaz de desempenhar nos contextos domésticos e internacionais, descartar possíveis contribuições da adoção de procedimentos jurídicos no âmbito das autoridades públicas transnacionais.

Como afirma Bernstein (2011, p. 25), “ainda que a legalidade não deva ser confundida com a legitimidade política [...], o ambiente jurídico pode informar o que a legitimidade requer”. Essa noção de ambiente jurídico se apoia na já mencionada concepção de uma “estrutura social” internacional prévia composta por normas globais e instituições que novas regulações devem sempre considerar como fatores que influenciam em sua legitimação. Principalmente quando Estados estão entre os envolvidos ou interessados pela regulação, a adoção de formas jurídicas por meio de procedimentos tende a ser um fator relevante para que se estabeleçam crenças de legitimação.

Contudo, é comum o temor de que procedimentos jurídicos mais robustos engessem exercícios de autoridade fundamentalmente marcados pela necessidade de dinamismo. Voltamos aqui à discussão proposta por Scheuerman (2008) acerca do abandono das virtudes formais em prol de uma suposta necessidade de abraçar tendências antiformais no espaço transnacional, sobretudo por razões econômicas. Não nos parece haver uma resposta prévia

possível de ser ampliada a todas as diferentes autoridades transnacionais existentes sobre esse ponto. Mas qualquer investigação empírica que se paute por um viés crítico deve sempre suspeitar de argumentos fatalistas em favor do dinamismo, como o de que o direito jamais consegue acompanhar a velocidade das interações sociais.

Esse argumento pode fazer sentido para se afastar propostas rígidas como as de “codificação” do direito, já contestadas no âmbito doméstico há pelo menos dois séculos. É evidente que mesmo legislações promulgadas e decisões judiciais proferidas no contexto estatal demoram para acompanhar, por exemplo, avanços tecnológicos no campo da comunicação. O mesmo acontece com o direito internacional, como atestam os vagarosos e minuciosos esforços da Comissão de Direito Internacional (CDI). Mas especialmente no âmbito transnacional, não faltam modelos de regulações jurídicas aptos a acompanharem a uma velocidade razoável os problemas que eventualmente emergem.¹⁵⁴ Aliás, como o caso Amazon que mencionamos anteriormente sugere, o tempo que se leva para construir instrumentos jurídicos mais robustos pode por vezes significar um tempo poupado no futuro.

Evidentemente, a legitimação não depende apenas da adoção de procedimentos (*inputs*), mas também da obtenção de resultados (*outputs*). Embora tenhamos concedido maior importância aos *inputs*, em última instância não podemos negar que os *outputs* são parte significativa sobretudo da “aparência” de legitimação que uma autoridade precisa cultivar, um aspecto que faz parte do pensamento filosófico político desde Maquiavel. Contudo, não nos parece haver muito a dizer, em termos de direito, sobre a noção de *outputs*.

O que se pode dizer, aliás, é que a excessiva ênfase das autoridades políticas ou normativas sobre eles é historicamente vista como um problema. No contexto do Estado democrático moderno, como ressalta Forst (2017, p. 134), “uma forma de legitimidade puramente orientada por *outputs* [...] dificilmente pode ser chamada de ‘democrática’, mesmo que reivindique atingir resultados ‘para o povo’”. Essa forma de legitimidade é característica dos regimes que podemos considerar como populistas, utilizando a definição de Müller (2016). Quando a oportunidade aparece, esses regimes não hesitam em afastar procedimentos e garantias formais por instrumentos mais diretos baseados em pressuposições sobre o que o “povo” deseja. No âmbito transnacional, um foco nos *outputs* pode redundar na perigosa ideia de que a legitimação se resume a um jogo de vencedores satisfeitos e perdedores insatisfeitos, sem qualquer conteúdo normativo possível.

¹⁵⁴ As discussões do chamado *design justice* (COSTANZA-CHOCK, 2020) podem servir como uma importante inspiração no espaço jurídico transnacional sobre como adotar princípios gerais e práticas que incluam em seu próprio desenho o combate a desigualdades estruturais, especialmente no âmbito das novas tecnologias.

Feitas essas observações, existe outro a ponto a se considerar no debate sobre a adoção de procedimentos – potencialmente legíveis como jurídicos – como forma de impulsionar a legitimação de autoridades no espaço regulatório transnacional. Como mencionamos no primeiro capítulo, essas instituições de governança habitam um espaço onde as autoridades são relativas. Isso sugere que questões de legitimação na governança global podem ser conceitualmente abordadas tanto a partir de uma perspectiva interna, que diz respeito à adoção de procedimentos que podem apoiar crenças de legitimação sobre o exercício de autoridade, como de uma perspectiva externa, que leva em consideração a relação com as demais autoridades que ocupam o cenário transnacional.

Tratamos até agora da primeira perspectiva, a interna. Mas a perspectiva externa comparativamente talvez seja aquela a qual a literatura sobre governança global tem dado maior importância, sendo reputada como a principal fonte dos desafios regulatórios enfrentados pelas instituições de governança. Como conciliar interesses de esferas distintas, ou como considerar externalidades em processos de tomada de decisão em um determinado regime? Como lidar com diferenças culturais entre autores e potenciais destinatários das regras?

Leituras baseadas na ideia de uma fragmentação radical do espaço transnacional costumam enxergar esses problemas sob a ótica de uma “colisão de regimes” (TEUBNER, FISCHER-LESCANO, 2004), em que o direito exerceria um papel meramente secundário. Ainda que Teubner (2016) tenha refinado essa ideia posteriormente, falando em um “direito constitucional de colisões”, o cerne do diagnóstico não se alterou: a fragmentação transnacional teria a ver com diferenças de racionalidade entre os sistemas, e não simplesmente com a presença de uma variedade de fontes normativas. Naturalmente, essa visão leva a um diagnóstico mais radical sobre a fragmentação.

Contudo, adotando-se o conceito de autoridade relativa como proposto por Roughan (2013) e Venzke e Mendes (2018), é possível vislumbrar uma ligação possível entre problemas de legitimidade do ponto de vista interno e do ponto de vista externo. Isso se dá na medida em que regras pensadas para o funcionamento da autoridade podem (ou mais do que isso, deveriam) contemplar formas de interação com as demais autoridades e possíveis afetados pela governança. Assim, as regras procedimentais podem exercer um duplo papel no interior das autoridades públicas transnacionais: ajudam a delimitar o exercício de autoridade ao mesmo tempo em que oferecem formas de resolver conflitos com outras autoridades ou mesmo delegar funções a elas. Nesse sentido, os próprios conflitos podem ajudar na construção dessas regras, tomados não enquanto colisões de racionalidades parciais, mas

enquanto oportunidades para a coordenação, como defendem Kreuder-Sonnen e Zürn (2020, p. 243-244):

Por um lado, se a administração do conflito é totalmente recusada pelos atores ou se diferenças de posição se manifestam na ausência ou no desprezo por regras procedimentais, levando a resultados baseados puramente em relações de poder, a expectativa da fragmentação é justificada; por outro lado, se a administração do conflito segue regras procedimentais e produz regras secundárias para evitar ou lidar com conflitos no futuro, ela contribui para a criação de uma ordem coordenada interinstitucional.

Os autores parecem reconhecer aqui o potencial da narrativa jurídica de legitimação no âmbito da governança global, além de prever um possível papel central para a elaboração de regras secundárias provenientes da administração de conflitos com outras racionalidades ou autoridades, conforme detalharemos a seguir. Esse reconhecimento, aliás, se assemelha muito à noção de processos *jurisgenéticos* entrevista por Berman (2019) a partir dos *insights* de Robert Cover (1983). A qualidade da administração de conflitos na governança global jamais será completamente determinada por regras procedimentais, assim como a legitimação não pode ser reduzida à sua dimensão jurídica. Mas caberia pensar que procedimentos que levam suficientemente em consideração o ambiente de multinormatividade e de autoridades relativas formam bases interessantes para a construção da legitimação sob uma perspectiva crítica emancipatória. Em outras palavras, vivemos em mundo de autoridades relativas que alimenta o imaginário teórico da fragmentação, mas de um ponto de vista crítico é desejável que se busque também formas de coordenação.

Embora a legitimação também dependa de outros fatores, incrementos na legalização das estruturas institucionais das autoridades públicas transnacionais podem alavancá-la sob bases mais seguras do que uma atenção aos resultados indica. Em suma, a mensagem que fica é a de que, não obstante as inegáveis exigências de dinamismo que muitas vezes comprimem o espaço regulatório transnacional, procedimentos importam. Em que tipo de modelo de direito essas procedimentos deveriam se basear é a questão que trataremos em seguida, ao avaliar criticamente as constantes reivindicações pela ampliação dos ideais da tradição do *rule of law* no espaço transnacional.

4.3 Rule of law transnacional?

Defendemos na seção anterior que se mantenha aberta a possibilidade de se pensar os procedimentos de legitimação a partir do direito, mesmo que por vezes instrumentos lidos

como “não jurídicos” exerçam um papel fundamental no âmbito das autoridades públicas transnacionais. Contudo, a mera adoção de procedimentos conformados por formas jurídicas não constitui, mesmo na experiência do Estado moderno, uma condição suficiente para garantir legitimação. Mais do que isso, a história mostra que formas jurídicas podem ser esvaziadas a ponto de se converterem em mera aparência de justificação para exercícios arbitrários de poder político. Um dos contextos históricos em que isso aconteceu foi o regime nazista do Terceiro Reich, que Neumann (1944) chamou de “não Estado” de “não direito”.¹⁵⁵

É discutível, do ponto de vista multinormativo ou pluralista que estamos adotando, se é apropriado falar em “não direito” nesse caso.¹⁵⁶ Mas esse não é o ponto que nos interessa aqui. O que Neumann queria chamar atenção era o fato de que o “não direito” nazista havia descartado qualquer conteúdo ético incorporado pelo direito liberal quando associado à noção de democracia. Em outras palavras, o nazismo havia abolido o respeito ao *rule of law* (ou Estado de direito, na tradução para o português que mais parece se aproximar do sentido original do termo). O *rule of law* se refere, de forma geral, à ideia de que o exercício do governo deve se basear na autoridade das leis, e não em atos individuais – ideia completamente subvertida no nazismo pela adoção de cláusulas gerais que colocavam noções como a de “vontade do Führer” no centro das normas.

O *rule of law* é uma ideia extremamente influente na construção histórica dos Estados constitucionais modernos, em que pese apresente variações importantes conforme a tradição a ser analisada. De acordo com Neumann (2014, p. 50), por exemplo, o *rule of law* inglês possui uma diferença substancial em relação à tradição equivalente alemã do *Rechtstaat*, surgida em período semelhante e que com ela compartilha o núcleo central (governo das leis, não das pessoas). 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 enquanto representação da vontade democrática do povo. É especialmente a partir da tradição inglesa, que incorpora a visão de democracia, que Neumann (2013) afirma a existência de um “núcleo ético” junto ao direito liberal, movimento seguido por autores como Scheuerman (2008) – que ressalta o *rule of law* por conta de suas “virtudes jurídicas” como clareza, publicidade e generalidade – e Rodriguez (2016) – que chama

¹⁵⁵ Como explica Rodriguez (2019a, p. 74-75), “Para Neumann, a Alemanha era um não estado porque sua estrutura de poder deixou de se basear na tensão entre estado e sociedade e passou a ser baseada em acordos instáveis celebrados entre burguesia, burocracia, exército e partido nazista, mediados pelo Führer.” Além disso, não era um regime jurídico, “mas um conjunto de regras de natureza técnica que visavam a atender a vontade do Führer e estabilizar expectativas. Ou seja, regulavam, mas de maneira fundamentalmente autárquica.”

¹⁵⁶ Sobre essa questão, nos parece que uma saída possível é a do já mencionado problema do *nomos* de Cover (1983): não é porque algo é direito que ele deve ser defendido ou respeitado.

atenção para o fenômeno da “perversão” do direito, isto é, de tentativas de afastar o direito de sua vinculação com a democracia e, conseqüentemente, do ideário representado pelo *rule of law*.

Em outras palavras, o *rule of law* aponta para a necessidade de se ir além da mera existência de direito ou de um conjunto de características formas ou procedimentais que este venha a apresentar. Contudo, ao se buscar uma definição sobre ele, dificilmente se escapa da menção a um determinado “catálogo” de atributos ou virtudes que o formam. As já mencionadas oito características formais da “moralidade interna do direito” segundo Lon Fuller (1969) – que foram recuperadas por Brunée e Toope (2010) em sua teoria interacionista do direito internacional – formam um desses catálogos do *rule of law*. Diversas propostas enfatizando outros elementos foram elaboradas pela teoria jurídica, como a visão mais ligada às demandas das “pessoas comuns” proposta por Waldron (2011), a versão expandida em relação a Fuller desenvolvida por Raz (1979) ou a proposta calcada na noção de “proporcionalidade” entrevista por Palombella (2009).

Mas a ausência de um consenso filosófico sobre o termo não impediu que a ideia do *rule of law* fosse “exportada” para outros contextos domésticos ou transnacionais diferentes daqueles onde a noção historicamente se desenvolveu (sobretudo na Europa e nos Estados Unidos). Carregando promessas de desenvolvimento econômico, respeito aos direitos humanos e democracia, as virtudes do *rule of law* tem sido propaladas em diversas partes do mundo por meio da influência de organizações intergovernamentais como a OCDE e o FMI, de governos nacionais e de iniciativas teóricas e práticas abrigadas sob a expressão “direito e desenvolvimento”. No entanto, em muitos lugares a adoção de atributos, normas ou instituições baseadas no *rule of law* enfrenta forte resistência. Especialmente em sociedades cujos sistemas normativos baseados em costumes tendem a servir de forma satisfatória às necessidades locais, as propostas de agências ocidentais de desenvolvimento foram forçadas a reconhecer a efetividade da organização normativa local e a dificuldade de se “transplantar” estruturas jurídicas oriundas de outros contextos (TAMANAH, 2021, p. 90).

Já no âmbito transnacional, em que pese haja uma maior receptividade ao *rule of law* em razão da agenda política e econômica dos principais *players* globais, há outros desafios a serem enfrentados, como a ausência de instâncias decisórias consensualmente definidas, as disputas entre os interesses divergentes de poderosos governos e atores econômicos, a fragmentação setorial das regulações, a dificuldade de estabelecer mecanismos participativos, entre outras que já mencionamos ao longo dessa tese. Em suma, o espaço regulatório

transnacional não dispõe das mesmas condições que permitiram ao *rule of law* florescer e se estabelecer como regra em grande parte das democracias modernas.

Diante desses desafios à expansão do *rule of law*, as teorias pluralistas lançam ao menos dois questionamentos. Primeiro, elas não deixam de se perguntar se essa afinal é uma noção, para retomar a expressão de Twining (2009), que “viaja bem”. Será que seu bom funcionamento não depende de um contexto específico encontrável somente em alguns Estados nacionais, dificilmente replicável para além deles? Em segundo lugar, a própria existência de discordâncias teóricas acerca das características que seriam fundamentais ao *rule of law* traz à tona a questão: o que exatamente ele incorpora para ser visto como uma tradição jurídica tão celebrada no mundo ocidental, a ponto de ser sugerido como modelo para outras partes do mundo? Em outras palavras, o que é imanente ao conceito e o que lhe é apenas contingente?

Eventuais sucessos e fracassos da difusão do *rule of law* certamente dependem de muitos fatores – sociais, políticos, econômicos e até teóricos, uma vez que iniciativas como as do “direito e desenvolvimento” sempre partem de algum modelo. Mas para além desses fatores, que demandam investigações empíricas em cada contexto, algumas observações interessantes podem ser feitas a respeito do que constitui, afinal, o caráter distintivo do *rule of law* – e como ele pode ser interpretado no contexto transnacional.

Nesse sentido, Martin Krygier (2017) sugere que deixemos por um instante os “catálogos” do *rule of law* produzidos por autores como Fuller, Raz e Waldron enquanto espécies de “anatomias” dessa tradição, e pensemos em vez disso nos objetivos que guiam as seleções de características elaboradas pela teoria. Em outras palavras, Krygier (2017, p. 300) convoca a pensar sobre os valores que esperamos atingir por meio do *rule of law*:

Fariamos melhor ao começar nos perguntando a qual valor (ou quais valores) esperamos que o *rule of law* possa servir, e apenas então nos movermos a partir daí a fim de explorar aquilo que pode ser necessário para alcançar ou se aproximar desses valores, em vez de tomar o caminho contrário. Até porque, com um valor (ou valores) claro em mente, podemos descobrir que o que precisamos para alcançá-lo(s) é diferente daquilo que nos foi ensinado. Deveríamos começar portanto com a teleologia, não com a anatomia.

É importante ressaltar que esse chamado teleológico não significa a circunscrição do *rule of law* a raciocínios puramente finalísticos, mas sim a constatação de que diferentes modelos podem estar em disputa, e sua adequação depende do valor que se busca. Da mesma forma como defendemos anteriormente que não há elementos que sejam universais ou necessários à ideia de direito, Krygier (2017, p. 301) parece correto ao afirmar que “ninguém

pode ditar um sentido único correto para o *rule of law* ou qualquer enumeração incontestável dos valores aos quais ele serve”.

Diante disso, a proposta de Krygier (2017, p. 300) não passa pela afirmação de um conjunto de características, mas sim de um domínio específico ao qual o *rule of law* corresponderia: a forma pela qual o poder é exercido ou, mais precisamente, a redução da arbitrariedade no exercício do poder. Este seria o domínio que distingue o *rule of law* de outros valores que porventura se agregam a ele, conforme Krygier (2017, p. 302) explica na seguinte passagem:

A proposta não é original (o que nesse caso eu considero como uma virtude), embora não seja unanimemente endossada. Ela distingue o *rule of law* de outros valores substantivos conectados com o direito: aqueles que buscam influenciar o conteúdo das leis, como por exemplo a justiça social, um regime particular de tributação ou coisas do gênero. Embora as implicações dessa proposta não sejam pequenas, ela é modesta em ao menos dois sentidos. Primeiro, ela não tem a ver com valores sociais em sentido amplo, mas sim com uma questão específica: como o poder é exercido. Segundo, ela possui um inimigo em específico: a arbitrariedade no exercício do poder, em vez do próprio poder.

Historicamente existe uma propensão de que o poder, na ausência de controles, seja de exercido de forma arbitrária. O *rule of law* aparece assim como uma forma de “temperar” o poder. Tendo emergido a partir de um contexto político secular europeu, é esperado que essa forma se encontre normalmente associada a uma série de valores sociohistóricos correspondentes, mas sua “vocação específica” é, segundo Krygier (2017, p. 304), o combate às arbitrariedades.

Essa proposta nos parece apropriada tanto em relação ao nosso objeto de estudo quanto em relação à metodologia que estamos empregando nessa tese. Não nos parece útil abordar o possível papel do direito na legitimação das autoridades públicas transnacionais com base em um “catálogo” prescritivo de atributos do *rule of law*. Em muitos casos, simplesmente chegaríamos à conclusão de que faltam normas, instituições e práticas para que os supostos valores que essa ideia representa sejam promovidos. Em uma lição que parece válida tanto para o espaço transnacional como para contextos locais que não se orientam ou não estão acostumados com a noção de *rule of law*, Krygier (2017, p. 319) afirma que o desafio que se estabelece aos proponentes ou defensores dessa concepção não é o de “emular ou parodiar práticas que podem ter funcionado em outros lugares, mas encontrar formas de reduzir a possibilidade de exercícios arbitrários de poder”. Logo, enfatizando-se o aspecto da não arbitrariedade no exercício de poder, a ideia do *rule of law* estabelece um terreno fértil

para discussões posteriores sobre que características a “estrutura social” e a comunidade dos regulados e afetados consideram importantes no domínio de cada autoridade transnacional.

Em relação à nossa perspectiva metodológica, essa proposta se mostra coerente com a distinção que estabelecemos anteriormente entre uma visão crítica, opção que abraçamos, e uma teoria ideal normativa. Enquanto alguns valores podem ser objeto de disputa no âmbito da Teoria Crítica, o exercício arbitrário de poder é certamente um importante obstáculo à emancipação ou uma “patologia social”, conforme Rodriguez (2016) mostra, por exemplo, com sua classificação de diferentes formas de “perversão” do direito. Além disso, Krygier (2017, p. 317) também reconhece a validade de visões pluralistas como a que defendemos ao ressaltar que o ideal do *rule of law* deveria englobar não apenas as leis e os atos oficiais realizados em nome do Estado, mas quaisquer “exercícios substanciais de poder”, sejam eles feitos por atores estatais ou não estatais. Em outras palavras, sua proposta promove uma importante descentralização do *rule of law*, de um olhar exclusivamente focado no Estado para uma atenção a outras normatividades.¹⁵⁷

Mas aceitando-se o ideal do *rule of law* como possível no âmbito transnacional, existiriam formas jurídicas privilegiadas de realização concreta de sua demanda por não arbitrariedade? Considerando a experiência dos Estados modernos como fonte de inspiração, podemos vislumbrar que uma ferramenta historicamente bem sucedida para controlar a arbitrariedade no exercício de poder por meio do direito é representada por aquilo que Hart (2009, p. 122) denominou como “regras secundárias”, isto é, regras que especificam como as “normas primárias” – aquelas que determinam ações e comportamentos esperados pelo direito – “podem ser determinadas, introduzidas, eliminadas e alteradas de forma conclusiva”.

Evidentemente, essa apropriação da noção de Hart deve ser extraída de seu contexto original de explicação do conceito de direito, isto é, à luz de uma visão pluralista não faz sentido ver a existência de regras secundárias como uma condição para que se possa falar em direito. Esse movimento de reinterpretação já foi realizado por Cover (1986), que considerava as regras secundárias, especialmente aquelas relativas à estrutura do Judiciário, como um importante recurso na tarefa de domesticar a violência inerente ao direito – e não como um requisito prévio para a criação do direito.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Esse argumento também se assemelha à consideração de Cover (1985) sobre a importância de se atentar para a violência do direito mesmo em contextos não marcados pela presença do Estado, como já mencionamos anteriormente.

¹⁵⁸ “Salvo algumas exceções triviais, nenhum juiz norte-americano que se debruça sobre uma questão jurídica relevante encontra-se imune de reexame via apelação. Por outro lado, juízes de tribunais superiores que sejam a última instância decisória de uma questão jurídica relevante jamais decidem sozinhos. Um complexo de regras secundárias determina essa situação. Tais regras incluem desde estatutos gerais que garantem o direito

Além disso, deve-se levar em consideração que o próprio Hart (2009) entendia que as regras secundárias eram pouco desenvolvidas no âmbito do direito internacional. Contudo, enfatizando os arranjos mais contemporâneos da governança global, Ku e Diehl (2016, p. 31) contestam essa afirmação e reposicionam a própria compreensão hartiana sobre as regras secundárias, originalmente entendidas como subordinadas às regras primárias:

Nós desafiamos a ideia de que as regras secundárias são apenas um reflexo das regras primárias, como Hart postula. Algumas regras secundárias se desenvolvem de forma autônoma em relação às normas específicas, servindo assim tanto a necessidades políticas como jurídicas (por exemplo, a criação de uma organização internacional que também desempenha funções de monitoramento). Na verdade, em muitos casos as regras secundárias no direito internacional são bem mais desenvolvidas que as primárias. Nós temos amplas regras e acordos sobre a formação de tratados, por exemplo, mas há relativamente poucas regras sobre o uso da força.

Ao se concentrar no papel das instituições na coordenação da governança global, Ku e Diehl (2016, p. 33) ressaltam que o “sistema operacional” internacional formado pelas regras secundárias pode influenciar o desenvolvimento do “sistema normativo”, isto é, o conjunto de normas substantivas que compõe as diferentes áreas do direito internacional. Nos parece que esse postulado pode ser estendido para o âmbito das autoridades públicas transnacionais. No âmbito da meta-regulação privada, por exemplo, Cafaggi (2015, p. 9) mostra que “o desenvolvimento de princípios comuns a reguladores privados tem se relacionado primordialmente a características procedimentais do processo regulatório”, o que sugere a adoção de regras secundárias por parte do meta-regulador como forma de orientar o exercício de autoridade de regulações individuais.

Em outras palavras, forma-se um contexto que conduz os procedimentos de elaboração e aplicação de normas substantivas, mas não dita seu conteúdo. A existência desses princípios comuns não implica unificação normativa, como Cafaggi (2015, p. 11) mostra em relação aos “códigos” adotados pela ISEAL: seu objetivo não é harmonizar as regras utilizadas por seus membros, “mas oferecer uma base comum para a experimentação e a inovação regulatórias que podem servir como uma fonte de aprendizado para os membros”. Em outras palavras,

de apelar ao menos uma vez das sentenças definitivas proferidas pela primeira instância, passando por estatutos especiais que exigem reexame via apelação em sentenças capitais, até a garantia constitucional que proíbe a suspensão de *habeas corpus*. As cortes finais de apelação nos Estados Unidos são sempre compostas por ao menos três juízes. Algumas constituições estaduais especificam esse número. Não há nenhuma previsão explícita na Constituição que exija que a Suprema Corte tenha mais do que um único juiz, mas tanto a prática como as interpretações generalizadas desde 1789 fazem da ideia de uma Suprema Corte com juiz único um verdadeiro absurdo. Dada a clareza das expectativas acerca da pluralidade das instâncias judiciais superiores, me parece duvidoso que um tribunal imaginário como esse satisfizesse o requisito constitucional de que haja uma Suprema Corte.” (COVER, 1986, p. 1625).

estruturas organizacionais mais amplas podem influenciar no sistema normativo particular de cada regulação.

A presença de regras secundárias também possui a função de atrair outros elementos normalmente associados ao *rule of law*. Por meio delas torna-se possível pensar as diferentes instituições da governança global, por exemplo, em termos de separação de poderes, como sugerem Venzke e Mendes (2018, p. 91). Por mais que algumas das condições de sua origem nas ordens constitucionais estatais não sejam encontradas no espaço transnacional, os autores defendem que essa ideia “continua a expressar um programa normativo” que merece ser revisitado como ponto de crítica. De certa forma ecoando as lições de Franz Neumann (2013; 2014), e de forma semelhante a Rodriguez (2009), os autores sugerem que esses poderes não precisam ser necessariamente três, e sua divisão não precisa seguir um único modelo. Na governança global, administração, jurisdição e legislação devem ser entendidas mais como funções executáveis por diferentes atores do que como “poderes” devidamente constituídos e ligados a instituições determinadas.

Nesse ponto, o conceito de “autoridade relativa” (VENZKE; MENDES, 2018) oferece um bom caminho para se pensar em uma legitimidade compartilhada e construída por diferentes atores por meio de interações institucionais. A alocação de autoridades na governança global também encontra uma inspiração possível na doutrina dos chamados “freios e contrapesos” (*checks and balances*), que impede que a separação de poderes assuma um caráter absoluto e imutável (VON STADEN, 2018). Por trás dessas ideias não reside a tentativa de replicar as instituições que caracterizam o *rule of law* estatal, mas de construir ferramentas que auxiliem no combate às arbitrariedades no exercício de poder.

Por fim, não se deve ignorar que um ambiente de forte multinormatividade como o espaço regulatório transnacional fornece tanto oportunidades como dificuldades para o *rule of law*. Como mostram Heupel e Reinold (2016, p. 13-14), investigações empíricas apontam que a “governança multinível” (na linguagem da ciência política) ou “o pluralismo jurídico global” (na linguagem da teoria jurídica) desempenham um papel ambivalente em relação ao tema. Por um lado, a multiplicação de atores capazes de exigir que o poder se justifique pode ajudar na tarefa de conter arbitrariedades; por outro, “dada a dificuldade de atribuir responsabilidades a detentores de poder em sistemas heterárquicos”, esses atores “frequentemente escapam de limitações a seu poder”.

Os desafios são inegavelmente grandes, especialmente em contextos marcados por fortes assimetrias de poder político e econômico. Mas é possível vislumbrar uma tendência emancipatória na ideia do *rule of law*, especialmente sob a proposta de Krygier (2017), que

aponta para o combate a exercícios arbitrários de poder. Valores associados à parte, a defesa desse ideal constitui um aspecto central para um ponto de vista crítico sobre a legitimação do espaço regulatório transnacional. Decisões tomadas por instituições de governança global dificilmente extrairão sua legitimidade de “cartas constitucionais”; mas permanece a importância de ferramentas jurídicas, em especial as regras secundárias.

4.4 A democracia ainda tem uma chance?

No capítulo anterior, contestamos a centralidade de modelos normativos de democracia para um ponto de vista crítico. Noções como a de uma “democracia cosmopolita” ou de uma “democracia deliberativa” a nível transnacional esbarram em sérias dificuldades práticas e teóricas, o que em boa medida compromete sua capacidade de atender às contribuições que a Teoria Crítica espera, relacionadas à identificação de tendências emancipatórias (elemento que depende de uma aplicação teórica coerente com os propósitos da emancipação) por meio de uma crítica imanente (questão que depende de um diagnóstico efetivo da realidade).

Contudo, eventuais falhas desses modelos de democracia em fornecer materiais úteis aos diagnósticos e prognósticos dos quais a Teoria Crítica depende não encerram a discussão sobre o papel da democracia na legitimação do espaço regulatório transnacional. A democracia não é um conceito facilmente descartável, uma vez que é potencialmente o recurso normativo mais importante para a noção de legitimação no contexto do Estado moderno. Especialmente seu núcleo, que segundo Forst (2017, p. 134) é ocupado pela “ideia de que quem se sujeita a uma ordem normativa deve ser capaz de ser coautor(a) dessa ordem”, permanece como um elemento importante de discussão no âmbito das autoridades públicas transnacionais.

Mas como mesmo essa simples ideia pode prosperar em um ambiente marcado por uma dispersão da autoridade que se desdobra na relativa ausência de instâncias decisórias consensualmente reconhecidas, de mecanismos de participação e de garantia de direitos? Como adaptar a democracia a esse cenário sem despojá-la de suas melhores aspirações ou virtudes? Até que ponto é possível renunciar a um modelo normativo ou a um conjunto mínimo de elementos que representem a democracia de forma satisfatória?

Considerando contextos como esse, em que a própria possibilidade de se falar em democracia é algo contestável, Forst (2017, p. 134) oferece uma alternativa baseada no que chama de “direito à justificação”. Em primeiro lugar, ele sugere pensar a democracia

sobretudo como uma “prática autocrítica” que possui, para além da forma política sob a qual é organizada, uma reivindicação básica de natureza moral, que é “a reivindicação de não se sujeitar a normas com as quais não se pode concordar enquanto uma pessoa livre e igual”. Essa reivindicação moral se desdobraria, segundo o autor, em uma prática de justificação que inquire permanentemente as regras, normas e instituições de uma ordem normativa que exerce autoridade. Embora considere que o conceito de democracia é “menos amorfo do que o de legitimidade”, Forst (2017, p. 135) também entende que ela possui um caráter normativamente dependente. Mas diferente da ideia de legitimidade, cujos valores podem variar, acredita que o valor da democracia pode ser localizado no conceito de justiça: “uma democracia que não busca criar justiça em seus procedimentos e resultados não é digna de seu nome”.

Isso não resulta, contudo, na elaboração de uma teoria da justiça que seria capaz de explicar as aspirações da democracia. Em vez disso, Forst (2017, p. 65) identifica que o direito à justificação é o ponto de reflexivo de questões de justiça, direitos humanos e democracia: “o conteúdo político e normativo fundamental desses conceitos é a demanda de que as justificativas de uma ordem normativa possam resistir ao escrutínio daqueles para quem ela é supostamente válida”. Assim, quando contextos práticos são considerados, Forst (2017, p. 65) considera que o princípio de justificação e seu direito correspondente formam “o elemento essencial estrutural sob a qual a legitimidade de uma ordem de justificação deve ser medida”.

A afirmação de que o direito à justificação reflete de forma acurada as demandas historicamente apresentadas como democráticas demanda uma reflexão teórica própria e minuciosa que escapa aos propósitos mais imediatos desta tese. Mas é importante notar que, no plano concreto, possíveis obstáculos a esse direito geram certa inquietude entre legisladores domésticos e internacionais. A defesa de um direito à justificação tem se revelado uma preocupação particularmente premente diante do avanço de procedimentos automatizados baseados em sistemas de inteligência artificial. Diante dessa ameaça, a lei europeia de proteção de dados (GDPR) incorporou em seu artigo 22 uma previsão segundo a qual deve ser concedido aos titulares dos dados “o direito de não serem sujeitos a decisões baseadas unicamente em processos automatizados” (UE, 2016), dispositivo que acabou sendo replicado pela legislação brasileira, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).¹⁵⁹

¹⁵⁹ De acordo com o artigo 20 da LGPD, “o titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as

Lendo o texto principal da lei europeia em conjunto com seus Recitais – espécies de “súmulas” que jogam luz sobre a interpretação dos dispositivos da lei – e as diretrizes do European Data Protection Board, Kaminski (2018, p. 25) sugeriu a existência da previsão de um “direito à explicação” (*right to explanation*) na legislação, que pode ser entendido como uma espécie de desdobramento do direito à justificação de Forst (2017) em condições em que a própria possibilidade de se comunicar com um indivíduo encontra-se ameaçada.

Compreender de que forma a autoridade baseia seu exercício de poder nos parece um requisito mínimo para se poder falar em legitimação, sobretudo porque isso fornece um ambiente para que práticas contestatórias¹⁶⁰, características da governança global, possam se desenvolver (WIENER, 2014; ZURN, 2018). Regulados e afetados precisam contar ao menos com a possibilidade de que o poder se justifique. Se a ideia basilar da democracia é essa, ela nos parece perfeitamente ampliável, enquanto critério normativo, para o âmbito das autoridades transnacionais. Há quem possa argumentar que isso significaria abraçar um ideal normativo, algo que nosso ponto de vista crítico tem evitado. Isso pode até ser verdade, mas nossa defesa se baseia na ideia de que não é possível falar em emancipação sem esse elemento mínimo de justificação. Autoridade sem justificação é potencialmente dominação pura, pois não há como garantir um espaço de autonomia quando o poder se recusa a oferecer razões para seu exercício.

Mas nos parece que esse não é o único aspecto por meio do qual a ideia de democracia permanece como um ponto de inflexão válido no espaço transnacional. A democracia também pode adentrar nesse espaço através de demandas pela adoção de formas jurídicas embebidas de um componente democrático, como as que caracterizam o *rule of law*. Na visão de Rodriguez (2020), a democracia se mostra como o único sistema político capaz de fornecer as bases para uma visão plural sobre o direito. No contexto da relação entre Estado e sociedade, a associação entre direito e democracia permite aquilo que Rodriguez (2009, p. 72) chama de “forma direito”, entendida como “uma estrutura institucional que constrange o poder soberano a agir conforme a vontade da sociedade por meio de normas gerais e as instituições ligadas a elas.”

Evidentemente, essa “forma direito” tende a assumir contornos diferentes quando pensada no âmbito transnacional. As estruturas institucionais tendem a ser mais flexíveis, os

decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.” (BRASIL, 2018).

¹⁶⁰ Pode ser útil ver a noção de contestação no espaço transnacional sob a ótica do que Rodriguez (2019, p. 94) chama de “liberdade de insurreição”, isto é, “a possibilidade de transformar continuamente as instituições formais do Estado ou de qualquer outro centro autônomo de produção de normas jurídicas”. A democracia é vista pelo autor justamente como a garantia dessa liberdade.

poderes menos centralizados e soberanos e as demandas por legitimação mais complexas. Mas Rodriguez (2020, p. 263) entende que a relação entre direito e democracia não depende necessariamente de concepções fortes ou homogêneas de povo e Estado, podendo ser reconstituída por uma “série de mecanismos procedimentais capazes de lidar com conflitos entre ordens normativas plurais que se desenvolvem autonomamente e procuram estabelecer padrões de convivência não violenta.”

Vislumbrando a democracia como um “espaço de expressão da diferença, da heterogeneidade, de toda a complexidade social”, Rodriguez (2019, p. 87) propõe pensá-la também em um ambiente de marcada multinormatividade – não como sistema político que serve de sustentação a um poder específico, mas como ideal de convivência entre diferentes ordens normativas. O desafio, é claro, passa a ser o de pensar de que forma a instituição de uma “forma direito” em meio à tradição estatal do *rule of law* poderia funcionar como um arquétipo da construção de um direito sob bases democráticas no âmbito transnacional. Não no sentido de se procurar reproduzir transnacionalmente as condições de unidade política que possibilitaram o fomento dessa tradição, mas de tomá-la como inspiração enquanto forma de combater arbitrariedades dos detentores de poder e exigir justificativas para todo exercício de autoridade. Mas do mesmo modo que, no contexto estatal, a forma direito “aponta para além de si mesma porque permite que classes e grupos sociais se utilizem dela para incluir suas demandas no interior do sistema político” (RODRIGUEZ, 2009, p. 72), a adoção de formas jurídicas no espaço transnacional também pode permitir que diferentes atores incluam suas demandas no interior da governança global e estabeleçam uma relação de contestação e crítica em relação a elas.

A partir da formulação de uma “forma direito”, associada ao imperativo de que as regulações sejam democráticas, seria possível cobrar que os atores transnacionais justifiquem seu domínio sob diversas áreas da vida social. Enquanto critério normativo, essa formulação também pode auxiliar a identificar estratégias de dominação disfarçadas sob a aparência de normas gerais, que não significam a negação da ordem jurídica, mas a criação de subterfúgios para continuar a exercer autoridade de forma não mediada. A união entre imperativos democráticos e uma visão normativa resulta assim na proposta de uma “gestão universal policêntrica do direito, fundada em um universalismo sensível” em que as diferentes instâncias de autoridade se refiram a “uma mesma linguagem e, eventualmente, dialoguem entre si.” (RODRIGUEZ, 2020, p. 257).

Como afirma Roth-Isigkeit (2018, p. 121) ao comentar sobre a presença de um “formalismo crítico” semelhante nas concepções de Habermas e Koskeniemi, “é a forma

direito que serve tanto aos poderosos como aos fracos, na medida em que ela fornece um espaço para argumentação que é indeterminado, influenciável e jamais imperativo”. Foi precisamente a importância desse espaço que Neumann (2014) soube identificar, por exemplo, quando a classe operária chegou ao parlamento alemão. A resposta dos “poderosos” foi, nesse caso, abraçar um regime nazista que prometia fechar esse espaço aberto pelo direito liberal. Interrompeu-se assim a ligação entre direito e democracia, o que justificava aos olhos de Neumann (1944) dizer que o regime nazista se tratava de um “não direito”.

A abertura e manutenção de um espaço capaz de ser preenchido por regras e procedimentos jurídicos inclusivos parece uma boa justificativa para se permanecer defendendo o ideal da democracia no âmbito transnacional. De um ponto de vista crítico, essa defesa talvez encontre mais sucesso por meio da adoção de princípios e regras inspirados por um direito democrático do que pela transposição de modelos ideais de democracia.

4.5 A ideia de emancipação

Enquanto pensamento interessado na emancipação, a Teoria Crítica é uma permanente atitude de suspeita em relação à realidade social. Seu propósito não é a desconstrução absoluta, a dissolução de qualquer fundamento possível dos vínculos sociais ou a acusação de que qualquer instituição constitui um engodo, qualquer construção social é insustentável porque arbitrária, ou que qualquer valor que se defenda é sempre insuportavelmente paroquial e relativo. Mas a suspeita da realidade, em boa parte herdada de Marx, também não pode ser facilmente repelida por qualquer aparência de normalidade. Um mundo em que o indivíduo se sente alienado de si mesmo é um lugar inóspito para qualquer ideal emancipatório; logo, tentativas de reificação, que buscam esvaziar a capacidade dos seres humanos de darem sentido à própria existência, precisam sempre ser identificadas e denunciadas como obstáculos que são à emancipação.

É compreensível que algumas suspeitas desse tipo recaiam sobre as autoridades públicas transnacionais, por ao menos dois motivos. Em primeiro lugar, sua atuação cresceu nas últimas décadas em conjunto com as chamadas tendências globalizantes, que por sua vez estão fortemente associadas às pressões pela liberalização dos mercados internacionais e todos os fenômenos com fortes impactos econômicos e sociais que lhe sucederam, como a financeirização, o agravamento das questões ecológicas, o uso extensivo de paraísos fiscais e

a difusão de *sweatshops*¹⁶¹ pelo mundo, sobretudo em países asiáticos. Como esse movimento está longe de ser uma coincidência, o aumento de regulações privadas pode ser visto como uma tentativa de legitimação de alguns desses fenômenos. Assim, regulações *soft* passariam a substituir legislações protetivas em assuntos como relações de trabalho e meio ambiente como forma de impactar da menor forma possível o capital globalizado.

Em segundo lugar, de forma intimamente relacionada a esse primeiro ponto, pode-se dizer que a emergência de autoridades públicas transnacionais significa em última instância uma perda considerável de poder dos Estados e da sociedade internacional de regularem a vida social em diversos âmbitos, poder que ora se estabelece cada vez mais junto a atores privados que não possuem legitimação jurídica ou política para representar os interesses de cidadãos e cidadãs nacionais ao redor do mundo. Assim, estaríamos em face de uma alienação do poder outrora legitimado por meios tradicionais como o direito estatal e o direito internacional em prol de atores privados que sustentam dúvidas alegações de defesa do interesse público. Essa suspeita, aliás, abrange a governança global como um todo na medida em que a defesa de “bens comuns” globais é invocada por uma série de agentes cujas ações nem sempre são compatíveis com esse propósito.

Em suma, a suspeita passível de ser levantada é a de que as autoridades públicas transnacionais são uma forma de retirar decisões importantes da esfera deliberativa da política estatal ou da formação de consensos no plano interestatal, deixando-as a cargo de atores cujos projetos de poder em certa medida se compatibilizam com tendências globalizantes vistas como prejudiciais à emancipação, especialmente empresas multinacionais e grandes investidores do mercado financeiro global (os *players* globais).

Uma réplica possível a esse argumento é a de que os Estados e a sociedade internacional são muitas vezes ineficientes ou inoperantes em algumas áreas. Autoridades transnacionais que conduzem arranjos de governança ambiental, por exemplo, se justificariam pela inação de alguns Estados ou a dificuldade de estabelecer consensos internacionais. Organismos privados de padronização substituiriam de maneira efetiva arranjos intergovernamentais que demandam muito mais recursos temporais e materiais. Autoridades técnicas seriam importantes para não deixar que interesses geopolíticos dominem completamente agendas importantes para a humanidade como um todo. Regulações privadas

¹⁶¹ Em tradução literal, “fábricas de suor”: locais de trabalho marcados por condições muito precárias e remunerações baixas. O termo é antigo, mas foi recuperado no contexto da globalização para se referir às más condições de trabalho em fábricas e complexos industriais que diversas empresas multinacionais instalaram em locais onde a oferta de mão de obra é abundante e as legislações trabalhistas são frouxas, como a China e países do leste asiático como Vietnã e Camboja.

seriam necessárias pois poderosos atores econômicos como empresas e bancos dificilmente estão dispostos a manter seus negócios em locais onde a legislação é mais rígida.

Nesses exemplos, as autoridades públicas transnacionais seriam vistas como uma espécie de “mal necessário”. Elas evitariam, na melhor das hipóteses, cenários de completa desregulação econômica, ambiental e social. Organismos como o FSC e o MSC, por exemplo, serviriam como uma espécie de contenção a formas mais agressivas de exploração de recursos naturais, mas largamente dependentes da cooperação dos próprios exploradores, cuja motivação para participar desses arranjos regulatórios frequentemente se relaciona mais com possíveis vantagens comerciais em termos de reputação do que com sinceros interesses de preservação do meio ambiente. Outras autoridades seriam vistas como meras facilitadoras de certas atividades econômicas e sociais a nível global. Ao estabelecer um padrão universal para os contêineres utilizados no comércio internacional, por exemplo, a ISO evita uma série de problemas de natureza técnica que complicariam as trocas comerciais; mas isso só é alcançável na medida em que há uma demanda do livre mercado para que uma padronização como essa aconteça, isto é, a regulação em última instância beneficia o mercado globalizado. A WADA estabelece regras que permitem que grandes competições não sejam manchadas por casos de doping que potencialmente comprometeriam a reputação de entidades organizadoras e afastariam patrocinadores. Algo semelhante valeria para instituições como a ICANN, o BCBS ou a ISDA.

Em suma, essa visão sugere que se as autoridades públicas transnacionais não existissem provavelmente teríamos mercados um pouco mais desregulamentados do que já são, mais disputas geopolíticas interferindo em assuntos de importância global e mais dificuldades práticas em dinâmicas que transcendem fronteiras, como meios de comunicação, importações e exportações de bens, serviços bancários, competições esportivas etc. Mas não fica muito claro que relação esses fenômenos comportariam, nesse cenário, com a ideia de emancipação. No máximo, deveríamos pensar em como as autoridades públicas transnacionais podem, no limite, não se revelarem como obstáculos à emancipação, legitimando assimetrias de poder e desigualdades sociais e econômicas.

De fato, não é difícil encontrar motivações para todas essas suspeitas que lançamos até aqui. Da mesma forma como o discurso sobre um “direito global” pode e deve ser visto com ressalvas, não parece razoável simplesmente aceitar que as autoridades públicas transnacionais emergiram para fazer do mundo um lugar melhor. Por vezes elas podem não ser muito mais do que um “mal necessário” ou um objeto tão ambíguo que não se pode dizer ao certo a quem ou a que elas servem.

Contudo, neste último tópico gostaríamos de propor a hipótese de que as autoridades públicas transnacionais também podem desempenhar um papel na *promoção* de interesses emancipatórios. Para que possamos testá-la, a primeira pergunta que precisamos responder é de que maneira a ideia de emancipação pode se traduzida para o espaço regulatório transnacional. Em outras palavras, o que queremos promover ou preservar quando falamos em emancipação nesse contexto?

Uma primeira noção que aparece como possível resposta é a de soberania. Em um mundo marcado por uma profusão de centros de produção normativa e de autoridade, promover ou preservar o conceito de soberania seria uma forma de proteger interesses emancipatórios, na medida em que eles dependeriam da possibilidade de autodeterminação das ordens jurídicas nacionais. Essa é a posição defendida por Jean Cohen (2012), por exemplo, em sua já mencionada proposta de um pluralismo constitucional. Essa proposta passa por uma reconfiguração da noção de soberania outrora baseada em uma concepção absolutista e westfaliana, uma vez que a autora reconhece não ser mais possível reivindicar autoridade exclusiva em uma sociedade mundial globalizada. Cohen (2012, p. 66) considera que o conceito é aproveitável para as discussões contemporâneas se visto da seguinte forma:

A soberania é um conceito jurídico, normativo e epistemológico tanto quanto é um conceito político, mas não é redutível a um conjunto de direitos e prerrogativas. Em vez disso, a soberania é a reivindicação unificadora e autoidentificadora de um regime em relação à supremacia e autonomia de sua ordem jurídica, à autodeterminação de seu sistema político, a seu status enquanto autoridade final em seu respectivo domínio jurisdicional e a seu caráter de igualdade, reconhecido sob o direito internacional, na produção de direito.

De acordo com essa visão, determinadas funções, jurisdições ou competências tipicamente associadas com a ideia de soberania podem ser delegadas ou compartilhadas sem que isso signifique perda da soberania, uma vez que “um Estado soberano não precisa exercer toda autoridade pública dentro de seu território” (COHEN, 2012, p. 68). Essa visão de soberania se mostra portanto compatível com a existência de autoridades públicas transnacionais, ao mesmo tempo constituindo um apelo normativo para que estas não comprometam a autodeterminação jurídica dos Estados soberanos.

Contudo, há ao menos duas objeções possíveis a essa ideia. A primeira diz respeito à própria utilidade do conceito de soberania em contextos marcados pela presença de “autoridades relativas”, como é o caso do espaço regulatório transnacional. Nesse sentido, Roughan (2013, p. 14) contesta o uso da terminologia ao afirmar que “se a soberania pode ser compartilhada, e portanto ser menos do que absoluta, então é mais útil analisá-la por meio de

seus poderes constituintes – um dos quais é a autoridade”. Ou seja, não parece haver qualquer ganho teórico em se utilizar a noção de soberania em vez de autoridade – ao contrário, pode-se dar margem a interpretações equivocadas sobre os propósitos normativos evocados. Isso não impede, obviamente, a utilização do conceito em diferentes momentos e contextos. Mas ao tratar das interações entre regimes políticos nacionais e autoridades públicas transnacionais, talvez fosse melhor simplesmente falarmos de autoridades distintas. Afinal, nem sempre as autoridades transnacionais emergem da “delegação” ou do “compartilhamento” de certas funções reservadas aos Estados soberanos; frequentemente aquelas assumem inclusive uma posição de supervisão em relação ao comportamento destes. Em alguns casos cidadãos e cidadãs nacionais ou organizações da sociedade civil podem ver suas posições representadas de forma mais acurada pelas autoridades transnacionais do que pelos próprios Estados aos quais se vinculam.

Uma segunda objeção diz respeito à hipótese com a qual estamos trabalhando. A ideia de autodeterminação da ordem jurídica nos parece de fato um elemento importante para a emancipação – se um Estado se encontra subjugado por forças externas, é muito provável que os indivíduos que o habitam também o sejam. Mas se o respeito a essa ideia for tudo que pudermos exigir das autoridades transnacionais, então estamos novamente evocando a tese de que elas constituem apenas um “mal necessário”. Nesse registro, demandas por legitimação se traduziriam em boa medida por reivindicações de controle, ou seja, espera-se-ia das autoridades transnacionais que elas não extrapolem suas funções e não comprometam o papel das autoridades estatais soberanas ou do sistema interestatal. Em suma, o discurso sobre soberania dificilmente é capaz de vislumbrar uma dimensão positiva, do ponto de vista emancipatório, em exercícios de autoridade transnacional. Sua conotação permanece fundamentalmente negativa: devemos pensar no que as autoridades transnacionais *não* podem fazer, para que a soberania – e logo, a ideia de emancipação – não seja colocada em risco.

Diante disso, um possível substituto da noção de soberania que seria capaz de identificar aspectos positivos do exercício de autoridade transnacional é oferecido pela já mencionada concepção de uma democracia cosmopolita. Nesse sentido, Archibugi (2012, p. 14) argumenta que

A democracia cosmopolita compartilha a visão de que o conceito de soberania deveria ser substituído, no interior dos Estados e na relação entre eles, pelo de constitucionalismo. Conflitos sobre competência que emergem como resultado de diferentes níveis de governança devem ser resolvidos dentro do domínio de um constitucionalismo global e remetidos a organismos jurisdicionais.

Ou seja, a noção de constitucionalismo poderia dotar de uma conotação positiva uma eventual renúncia ao conceito de soberania. Uma governança multinível constitucionalizada poderia representar os interesses emancipatórios de uma forma tão ou mais fiel do que a ideia de soberania estatal. Porém, em sentido contrário a essa ideia, não vamos retomar aqui todas as reservas já expostas ao longo dessa tese em relação a projetos de constitucionalismo transnacional; nos parece suficiente lembrar que embora o constitucionalismo possa servir (e a tendência é que efetivamente sirva) à emancipação, ele não é um conceito que traduz de forma satisfatória esse ideal no contexto transnacional.

Assim, considerando as críticas oponíveis às noções de soberania e constitucionalismo, propomos uma terceira noção como forma mais apropriada de traduzir os interesses emancipatórios no contexto da prática regulatória transnacional: autoridades públicas transnacionais podem servir à emancipação promovendo ou preservando as *condições de reprodução da política democrática em diferentes âmbitos, do local ao global*. Buscaremos a partir de agora justificar a adequação de cada um dos termos contidos nessa proposta.

Começemos pela noção de *condições de reprodução da política*. Não cabe aqui nos estendermos acerca dos infindáveis debates sobre as definições e os sentidos práticos do conceito de política. Compreenderemos como política a noção básica de que os indivíduos podem (e, normativamente, deveriam) exercer algum poder de decisão sobre as circunstâncias sociais que afetam seu próprio destino. Se a política fornece canais para a efetiva difusão, debate e consideração efetiva dos diferentes interesses presentes na sociedade, então pode-se dizer que as condições que permitem sua reprodução enquanto política encontram-se respeitadas. A política produz a si própria quando não é dominada por imperativos econômicos, assimetrias de poder capazes de promover silenciamentos de setores da sociedade ou – para tratar de uma ameaça mais recente – por “solucionismos tecnológicos”, conforme o emprego dado a essa expressão por Morozov (2018).

Evidente que todos os aspectos não propriamente “políticos” potencialmente influenciam a política. Até porque a política nunca é uma atividade meramente filosófica, existindo justamente pela necessidade de construção de um espaço onde diferentes visões e interesses possam ser discutidos. Mas o que queremos ressaltar, na esteira da tradição crítica de inspiração frankfurtiana, é que uma sociedade onde a política é completamente subsumida a racionalidades de outras áreas – que não é capaz de constituir um meio para que diferentes perspectivas sejam debatidas – encontra-se acometida por uma “patologia social”. Trata-se do reflexo de uma sociedade “irracionalmente organizada” ou “unidimensional”, de um “mundo

administrado” ou de uma “colonização do mundo da vida”, para utilizar expressões empregadas por Horkheimer (1980), Marcuse (1973), Adorno (1995) e Habermas (2012), respectivamente.¹⁶²

Em segundo lugar, o qualificativo *democrática*¹⁶³ é aqui inserido em razão da compatibilidade de nossa compreensão de política com a já mencionada ideia central da democracia enquanto demanda normativa segundo a qual os indivíduos devem poder ocupar simultaneamente o papel de autores e destinatários das regras. Para além de uma compatibilidade, aliás, nos parece que o ideal democrático assim compreendido constitui um aprofundamento importante ou mesmo necessário à noção de reprodução da política. Uma política não democrática, baseada por exemplo em valores religiosos imutáveis ou em hierarquias sociais naturalizadas, não nos parece capaz de servir a ideais emancipatórios, ao menos em contextos sociais impregnados por formas capitalistas que tendem a obstaculizar a reprodução da política.

Finalmente, cumpre justificar porque a reprodução da política é importante em *diferentes âmbitos, do local ao global*. No contexto de uma sociedade mundial globalizada, entendemos que nenhuma esfera de poder é capaz de esgotar a demanda por participação e representação dos indivíduos. O objetivo das estruturas institucionais estatais ou do sistema interestatal, por mais democráticos que sejam, não deveria ser o de monopolizar os canais disponíveis para que reivindicações e pressões sociais sejam ouvidas. De associações comunitárias locais a ONGs transnacionais, é importante de um ponto de vista emancipatório que a política prospere em diferentes âmbitos, simplesmente porque nenhum deles é capaz de representar de forma exclusiva todas as aspirações que um indivíduo pode carregar. Por mais perfeita que venha a ser, a democracia estatal não é uma autorização para que o Estado fale por nós, mas sim para que exerça um poder coletivo, sob determinados limites, que as pessoas individualmente não podem se arrogar.

Explicados os termos que compõem nossa proposta, cumpre então relacionarmos ela à nossa hipótese inicial: como as autoridades públicas transnacionais podem *promover* ou *preservar* as condições de reprodução da política democrática em diferentes âmbitos e, conseqüentemente, apontar para tendências emancipatórias em regulações que ultrapassam o direito estatal e o direito internacional? Um primeiro passo nos parece ser o de visualizar boa parte do exercício de autoridade transnacional como recaindo naquilo que Rodriguez (2019, p.

¹⁶² Aliás, a noção de condições da reprodução da política certamente encontrará um complemento importante nos escritos sobre a teoria do agir comunicativo de Habermas (2012).

¹⁶³ Agradeço a Miguel Angelo Splendore Maciel pela observação de que conviria complementar, para fazer jus ao que estamos propondo, a noção de “política” com o adjetivo “democrática”.

292) chama de “gramática de regulação social”, que é composta por “normas produzidas autonomamente pela sociedade, mas dentro de certos limites, ou seja, desde que cumpram certos requisitos ou procedimentos em sua produção e não desrespeitem determinados conteúdos considerados invioláveis”.

Com essa categoria Rodriguez (2019) visa chamar atenção para o fato de que o direito ocidental historicamente não se esgota na chamada “gramática de regras”, formada pelas normas produzidas de acordo com os critérios de validade jurídica devidamente estabelecidos no plano doméstico ou internacional. Mesmo no interior dos Estados, se manifesta sobretudo no campo do direito privado um determinado espaço normativo em que se permitem regulações autônomas, como o caso clássico do direito contratual.

No caso das autoridades públicas transnacionais, não podemos falar propriamente na ocupação de um espaço normativo “permitido” pelos Estados, uma vez que elas se formam em muitos casos à revelia destes, mas a lógica de produção jurídica é a mesma da gramática da regulação social: o direito é produzido fora dos centros tradicionais de poder e autoridade, com base em fundamentos e critérios mais ou menos distintos daqueles sobre os quais o direito estatal e o direito internacional se apoiam. Os “certos limites” impostos a essa gramática de que fala Rodriguez (2019, p. 292) não são mais necessariamente dados pelos Estados – embora por vezes eles exerçam influências normativas como parte da “estrutura social internacional” – mas pelos próprios envolvidos na regulação transnacional.

No âmbito estatal, conselhos privados de autorregulação como o CONAR ou autoridades reguladoras multissetoriais como o CGI são exemplos de arranjos que operam sob a lógica da gramática da regulação social, desempenhando importantes funções que corroboram com a proteção de bens sociais que o Estado tem o dever de cuidar. Mais do que isso, uma autoridade reguladora da internet como o CGI, que não se encontra completamente subsumida ao poder estatal, pode servir como anteparo inclusive a eventuais tentativas autoritárias de controle oriundas do próprio governo nacional. Em um sentido geral, a gramática da regulação social é uma forma de estabelecer um espaço institucionalizado de separação entre a sociedade e o Estado, o que é fundamental nas democracias na visão de Neumann (2013).

Nossa hipótese é de que autoridades públicas transnacionais podem desempenhar, e em certos contextos já desempenham, uma função semelhante em questões transfronteiriças. Sabe-se que regulações multissetoriais como o FSC, o MSC, a ICANN ou o BCBS conseguem orientar o comportamento de atores privados de uma forma que legislações estatais e internacionais por vezes falham em conseguir. Mas elas também podem ser vistas

como um espaço institucional disponível para representar interesses de indivíduos que não estejam sendo ouvidos pela gramática de regras tradicional de seus próprios Estados ou da sociedade internacional. Mesmo no caso de organismos predominantemente técnicos que em tese pouco interferem no cotidiano da esmagadora maioria dos cidadãos e cidadãs nacionais, como a ICANN e a WADA, a própria ideia de que existe uma autoridade transnacional que procura basear suas decisões em critérios técnicos já se mostra como uma potencial ferramenta no combate a arbitrariedades no exercício de poder em diferentes níveis.

Em vez de serem vistas como um “mal necessário”, as autoridades públicas transnacionais se revelam em algumas áreas como pura e simplesmente *necessárias*, como no caso da governança relativa à contratação de agentes privados para fins militares por parte de Estados, popularmente conhecidos como “mercenários”:

Na medida em que governos ao redor do mundo se voltam cada vez mais à contratação de agentes privados para realizar serviços governamentais na esfera de assuntos militares e externos, problemas significativos de *accountability* emergem. Mecanismos governamentais públicos tradicionais de regulação e *accountability*, assim como a *accountability* através de meios litigiosos, são frequentemente inadequados ou indisponíveis. De forma similar, instrumentos jurídicos internacionais oferecem apenas aplicações mínimas de normas de direitos humanos ou de interesse público em geral, e em todo o caso essas normas nem sempre se aplicam a atores não estatais. Como resultado, devemos buscar novas formas de governança público/privada e controle nessa área de operações militares e quase militares, que se encontra em rápida expansão. (DICKINSON, 2013, p. 417).

Essa governança esperada, que começou com um código inicialmente voluntário conhecido como International Code of Conduct for Private Security Service Providers (ICoC), foi sendo estruturada ao longo dos anos e resultou na formação de um arranjo multissetorial chamado International Code of Conduct Association (ICoCA), construído à luz dos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos. Como normalmente acontecem com as autoridades públicas transnacionais, o desenvolvimento da ICoCA vem sendo caracterizado por uma série de avanços e retrocessos em termos de legitimação, mas pode-se dizer que sua estruturação representa uma espécie de “ponto sem retorno” em termos da regulamentação de serviços de segurança privada no plano transnacional.

Exemplos como esse são factíveis em diversas áreas como meio ambiente, saúde, ciência, indústrias, patrimônio cultural etc. Em cenários como o do enfrentamento da Covid-19 no território brasileiro, onde se verificou a adoção de uma “estratégia institucional de propagação do vírus” (CONNECTAS; CEPEDISA, 2021, p. 6) por parte do governo federal, autoridades transnacionais epistêmicas podem ser vistas como um importante complemento a recomendações internacionais como as emitidas pela OMS, que serviram de base para a

adoção de medidas sanitárias sobretudo por parte de autoridades estaduais e municipais. Nesse caso, instrumentos que forcem os Estados a um cumprimento das recomendações não estão disponíveis nem mesmo a uma organização intergovernamental como a OMS, mas essa é uma circunstância mais favorável do que desfavorável para se sustentar que autoridades transnacionais podem, de alguma forma, influenciar comportamentos de Estados, indivíduos, organizações da sociedade civil e demais atores privados de uma forma parecida como as recomendações da OMS influenciaram.

Nesse sentido, autoridades transnacionais também não escapam do radar de governos marcadamente nacionalistas enquanto possíveis ameaças a sua soberania – o que pode significar na verdade que elas oferecem um ponto de inflexão positivo para setores da população que discordam das decisões tomadas pelo governo. Como ressalta Krisch (2022, p. 500),

Na medida em que divisões políticas em muitos países não refletem mais apenas na oposição esquerda/direita, mas também entre comunitaristas e cosmopolitas, disputas sobre a relação entre o direito doméstico e legalidades transnacionais e internacionais ganharam um novo significado. Se pedidos para que tribunais domésticos levem em consideração as descobertas de organismos internacionais de direitos humanos um dia pareceram uma ferramenta para um diálogo produtivo, hoje eles aparecem para muitas pessoas como um contraste entre um controle nacional e um controle “estrangeiro”.

O que vale para os organismos internacionais de direitos humanos vale também para os exemplos transnacionais que mencionamos. De um ponto de vista crítico, a observação fundamental é: nem todo controle nacional é necessariamente bom e nem todo controle externo deve ser visto como necessariamente ruim. Justamente por isso é que a demanda por legitimação das autoridades públicas transnacionais interessa de um ponto de vista emancipatório. É aqui também que podemos situar o papel a ser desempenhado pela legalidade ou, mais precisamente, a adoção de regras e procedimentos orientados pela visão de um direito democrático no âmbito transnacional. Da mesma forma como a legalidade é um aspecto importante para a legitimação dos Estados e do sistema internacional e a ideia de um direito democrático e o respeito ao *rule of law* podem ser vistos como tendências emancipatórias nesses contextos, não há razão para se descartar que uma dinâmica semelhante possa se inscrever no âmbito das autoridades públicas transnacionais, ao menos enquanto pretensão normativa.

Uma última menção a outra área regulatória (ainda largamente a ser explorada) pode ajudar a vislumbrar o potencial emancipatório desse tipo de autoridade: a regulação de

plataformas de tecnologia. Exemplos dessas plataformas abundam em nosso cotidiano a ponto de sequer precisarem ser mencionados: usualmente acessáveis por meio de aplicativos instaláveis em *smartphones*, tratam-se de mídias sociais, sistemas de compartilhamento de mensagens instantâneas, serviços de busca, serviços de transporte e entrega de mercadorias, serviços de armazenamento eletrônico em nuvem, sistemas de inteligência artificial, bancos digitais e, em geral, todos os mediadores tecnológicos da chamada “economia do compartilhamento” (*gig economy*)¹⁶⁴.

O poder econômico das maiores plataformas (as chamadas *big techs*) – sediadas sobretudo na China e nos arredores do Vale do Silício, nos Estados Unidos – tomou uma proporção gigantesca nos últimos anos, a ponto de McKenzie Wark (2019) sugerir estarmos diante de uma transformação do capitalismo em direção a um sistema de produção ligeiramente distinto baseado na economia de dados, que a autora chama de “vetorialismo”. Mesmo quem não abandonou o termo passou a adotar qualificativos como forma de chamar atenção para as mudanças recentes, como nas expressões “capitalismo de vigilância” (ZUBOFF, 2018) e “capitalismo de plataforma” (SRNICEK, 2016).

Mas se por um lado as *big techs* alcançaram ganhos econômicos e influência social a níveis jamais vistos na história humana, por outro elas foram pouco instadas a lidar com as consequências nefastas de suas atividades. A começar pela corrosão das bases tributárias dos países onde atuam, passando pelas más condições de trabalho a que seus trabalhadores (que, aliás, não são reconhecidos como tais) são obrigados a se submeter e chegando finalmente a ameaças ao próprio sistema democrático, como escancarado pelo caso *Cambridge Analytica*, que em um primeiro momento motivou a adoção de medidas sobretudo por parte dos governos britânico e norte-americano, mas que serviu de modo geral para a eclosão da questão regulatória das plataformas em diversas partes do mundo.

Com uma lógica baseada na promoção de conteúdos que geram engajamento, o que estimula a disseminação de opiniões polêmicas ou de informações falsas, as mídias sociais foram um ingrediente fundamental para a “fragmentação da esfera pública, a radicalização de atitudes políticas e a manipulação de processos eleitorais”, como afirma Callejón (2022, p. 102). O ápice simbólico dessas dinâmicas predatórias à democracia pode ser identificado na invasão do Capitólio nos Estados Unidos, em janeiro de 2021, e mais recentemente na invasão e depredação das sedes dos três poderes em Brasília, ocorrida em 8 de janeiro de 2023. Em vez da promessa de uma democracia “digital”, as *big techs* (e, sobretudo, as que controlam

¹⁶⁴ Sobre as origens e os primeiros desenvolvimentos da “economia do compartilhamento”, ver Slee (2019).

mídias sociais) trouxeram uma verdadeira regressão da democracia no plano doméstico, com ataques recorrentes a suas instituições fundamentais sendo potencializados por compartilhamentos em massa de conteúdos antidemocráticos e, em um plano mais geral, por impulsos à substituição de uma política deliberativa e participativa pela adoção de raciocínios tecnocráticos eficientistas (MOROZOV, 2018).

Mas as grandes plataformas não colocam em risco somente as condições de reprodução da política institucionalizada: elas também ameaçam iniciativas locais de autonomia social. No Brasil, reivindicações por melhores remunerações ou condições de trabalho mais adequadas por parte de motoristas de transporte por aplicativo e serviços de entregas costumam ser fortemente reprimidas pelas plataformas, que utilizam-se de estratégias que vão da divulgação de promoções direcionadas a desmobilizar paralizações até a exclusão de indivíduos da plataforma (FAIRWORK, 2022).

Esse cenário preocupante, somado às dificuldades que muitos Estados encontram de fazer com que as plataformas cumpram suas legislações domésticas e a morosidade que caracteriza o direito internacional no enfrentamento de novas questões, parece representar uma oportunidade para o desenvolvimento de autoridades regulatórias transnacionais. Da mesma forma como instituições de governança desse tipo emergiram após crises dos sistemas bancário e financeiro ou a partir da disseminação de preocupações com o impacto socioambiental de empresariais multinacionais, o atual cenário de desregulamentação das plataformas parece clamar por uma governança transnacional que possa orientar, estimular ou intensificar esforços realizados em âmbito nacional e junto às instituições internacionais. Uma governança multissetorial transnacional poderia alcançar resultados importantes não apenas no controle de práticas prejudiciais à democracia e à emancipação por parte das *big techs*, mas também oferecer importantes pontos de apoio para projetos de autonomia social ao redor do mundo, como as iniciativas do chamado “cooperativismo de plataforma” (SCHOLZ, 2016).

Questões mais caras ao constitucionalismo estatal, como as relativas à proteção de direitos e a liberdade de expressão no ambiente digital, podem ser em boa medida enfrentadas por legislações e demais instrumentos jurídicos domésticos; questões de direitos humanos podem ser levadas à apreciação de arranjos supranacionais e internacionais, embora déficits de institucionalização por vezes venham a dificultar a responsabilização de agentes; mas questões mais estruturais, como as que dizem respeito à própria arquitetura das plataformas, poderiam ser enfrentadas sobretudo por instituições transnacionais de governança. Esse parece ser um contexto propício para que autoridades públicas transnacionais possam servir a tendências emancipatórias ao limitarem exercícios arbitrários de poder econômico que geram

impactos sociais e políticos profundamente negativos, como algumas propostas já tem enfatizado (CIGI, 2022; MULDOON, 2022). E, como forma de organizar o exercício de poder dessas próprias autoridades, a adoção de um direito democrático se mostra como uma ferramenta potencialmente importante em termos de legitimação dessas autoridades.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pensar o direito hoje não parece ser uma atividade completamente diferente do que era há três ou quatro décadas atrás. Muitos dilemas permanecem, a começar pela sua própria definição enquanto conceito. Assim como permanecem muitas das valiosas lições da teoria jurídica do passado. Mas também é verdade que muitas coisas que não eram consideradas antes precisam receber a devida atenção agora. O direito em si pode não ter mudado em definitivo, mas cumpre hoje dar maior ênfase a alguns tópicos do que antes se quisermos que nossos diagnósticos continuem efetivos.

A adoção de modelos heterárquicos de autoridade jurídica não implica, por exemplo, na completa obsolescência das hierarquias do direito estatal, mas estabelece algumas dinâmicas próprias que são mais bem consideradas se não ficarmos a todo momento tentando comparar ambos os modelos, nem postulando que o direito assumirá definitivamente um ou outro simplesmente porque nossa descrição objetiva constata que um está numericamente em ascensão enquanto o outro encontra-se estagnado ou em declínio.

Evidentemente, isso não quer dizer que algumas noções historicamente populares dentro da teoria do direito não tenham “envelhecido mal” ou, como na expressão mais feliz empregada por Twining (2009), não consigam “viajar bem” – isto é, são dificilmente transponíveis para fora de seus contextos originais de formação. Parte disso se deve a contingências históricas: é impensável aplicar, por exemplo, o modelo escalonado kelseniano a diversos desenvolvimentos regulatórios pós-nacionais; mas seria injusto julgar sua inadequação em razão de algo que Kelsen, à época, não tinha condições de prever. Por outro lado, certas teorias que carregavam uma pretensão de universalidade podem hoje ser vistas como intoleravelmente reducionistas. É no mínimo complicado defender, considerando-se uma perspectiva mais global, a aplicação ampla e irrestrita de uma teoria que, por exemplo, se apoie no pressuposto de que todo direito deriva do Estado e que outros fenômenos normativos são sempre secundários ou extrajurídicos.

Teorias positivistas e jusnaturalistas são potencialmente aquelas que enfrentam o maior número de desafios quando se expande o contexto de forma a englobar múltiplas manifestações jurídicas influenciadas por diferentes culturas, costumes, religiões ou condições socioeconômicas.¹⁶⁵ Identificar o direito a partir de fatos sociais ou de princípios

¹⁶⁵ O mesmo acontece, de acordo com Twining (2009, p. 46), com “conceitos associados à educação e às profissões jurídicas”, mesmo entre “a mesma ‘família jurídica’ ou entre contextos de uma jurisdição específica”.

universalmente aceitos se torna uma tarefa extremamente complicada no momento em que se passa a considerar seriamente as dinâmicas do direito não estatal. Debates considerados centrais, como por exemplo se a moralidade faz parte do direito, tendem a ser minimizados em contextos onde a questão maior parece ser como navegar entre diferentes autoridades ou ordens normativas que reivindicam validade mesmo sem uma “jurisdição” claramente definida. A literatura sobre direito global pode não ter modificado os fundamentos do direito em geral, mas certamente abalou a crença de que é possível identificar os mesmos fundamentos em qualquer contexto em que se possa dizer que existe direito.¹⁶⁶

Se considerarmos que o estabelecimento de verdades necessárias e absolutas sobre o direito for parte fundamental da teoria jurídica, então sem dúvidas pensar sobre direito se tornou nos últimos anos uma atividade muito mais difícil e complexa. Ou mesmo impossível, diria Brian Tamanaha (2017, p. 58), na medida em que “o direito é uma construção social que varia e muda ao longo do tempo”, e não algo fixado por alguma lei da natureza ou dotado de algum tipo de essência a ser revelada. A possibilidade de fixar um conceito de direito, por exemplo, evapora diante da multiplicidade de manifestações jurídicas existentes. E caso se escolha ignorá-las por não se encaixarem no modelo escolhido, o prognóstico não é muito animador: muitos problemas importantes para a teoria do direito no século XXI ficarão inevitavelmente de fora.

É por essa razão que buscamos estabelecer no primeiro capítulo da tese um ponto de vista sobre o qual a teoria do direito pode não apenas prosperar, mas ser vista como central no debate sobre os desenvolvimentos regulatórios transnacionais. Essa perspectiva, que assume implicitamente uma posição sociojurídica, pressupõe levar adiante os *insights* representados pela tradição do pluralismo jurídico, ainda que este termo em específico não se mostre atualmente como o mais adequado para retratar a condição de multiplicidade de normatividades que marca a sociedade mundial.

Sob essa perspectiva, discussões sobre se o Estado continua tendo ou não o mesmo poder de outrora não são as mais relevantes. Se uma resposta nesse sentido precisa ser dada, ela provavelmente será contextual, como mostram Heupel e Reinold (2016, p. 16).¹⁶⁷ O que importa notar é que o Estado não é mais necessariamente o ponto de partida da criação do direito, embora deva continuar a ser visto como um importante ponto de recepção das demandas sociais que influenciam a criação do direito em diferentes contextos. Além disso, o

¹⁶⁶ Sobre a discussão acerca dos “fundamentos do direito” e também sobre se a moralidade faz parte do direito, ver o excelente resumo do debate Hart-Dworkin feito por Shapiro (2018).

¹⁶⁷ Em relação aos organismos de padronização, por exemplo, Schepel (2005) considera que os Estados são a periferia. Não se pode dizer o mesmo, contudo, na maioria das áreas da governança global.

exemplo das autoridades transnacionais reforça que *público* não é sinônimo de *estatal*. Nesse sentido, Teubner (2016) tem razão ao afastar a visão de que um espaço normativo somente pode ser legitimado, sobretudo democraticamente, se for capturado pela estrutura política dos Estados.

Independentemente do nível regulatório em questão, no entanto, demandas por legitimação permanecem centrais. Uma ordem normativa que reivindica autoridade precisa mostrar que seu exercício de poder é realizado de uma forma apropriada, justa ou juridicamente válida. Não sendo possível apelar no contexto transnacional a noções de validade empregadas no âmbito do direito doméstico ou internacional, resta às autoridades públicas transnacionais o desenvolvimento de novas formas de legitimação. Nosso trabalho defende que a noção de legalidade, apesar das transformações que sofre nesse contexto, ainda permanece como um aspecto central para o estabelecimento dessas formas.

Em suma, cada um dos três capítulos que formam essa tese contém um ponto fundamental em sua argumentação. A fim de reforçar nosso ponto de vista, convém retomar cada um deles nesse espaço final. No primeiro capítulo, debatemos o que a emergência de fenômenos jurídicos transnacionais representa em termos de teoria do direito. Nossa discussão começou por aspectos terminológicos, passou por definições conceituais e culminou em um diagnóstico acerca das possíveis transformações sofridas pelas noções de autoridade, legalidade e legitimidade sob uma perspectiva jurídica pluralista. Em termos de originalidade, no entanto, o cerne de nossas considerações se encontra na seção 2.4, em que propomos a noção de significado jurídico como possível saída para o problema da distinção entre direito e não direito que insiste em atormentar a tradição do pluralismo jurídico (como, de um modo geral, toda e qualquer teoria do direito).

Por meio dessa proposta, buscamos estabelecer um ponto de vista que suaviza a necessidade de uma identificação forte da palavra “direito” sem que se diminua sua força normativa. Nesse sentido, o conceito de multinormatividade nos parece uma ferramenta teórica próspera para reconhecer a pluralidade existente de direitos, normas sociais, práticas e culturas, sem impor uma concepção paroquial de direito mas, ao mesmo tempo, permitindo o estabelecimento de perspectivas críticas baseadas em critérios normativos, como o respeito às próprias condições de reprodução da pluralidade na criação do direito, que Cover (1983) chamou de *jurisgenesis*. A partir dessa proposta, colhemos algumas noções interdisciplinares que nos parecem úteis para o estabelecimento de uma visão jurídica multinormativa, como os conceitos de “autoridade relativa” (ROUGHAN, 2013; VENZKE; MENDES, 2018) e de “legalidades emaranhadas” (KRISCH, 2022).

O segundo capítulo avançou em direção ao debate teórico sobre as condições de legitimação na governança global, o que nos exigiu uma maior abertura interdisciplinar, sobretudo a perspectivas derivadas da ciência política e das relações internacionais, como as contidas no diagnóstico de Zürn (2018). Nos parece produtiva sua abordagem da governança global enquanto uma estrutura normativa e institucional composta por princípios normativos e “autoridades reflexivas”, que se desdobra em um panorama onde “crenças de legitimação” são sustentadas por sucessivas tentativas de legitimação e deslegitimação. Após apresentar alguns aspectos gerais de governança global, que valem tanto para as autoridades transnacionais como para as internacionais, buscamos na sequência restringir cada vez mais nossas observações ao domínio propriamente transnacional, objeto desta tese.

Se os Estados se encontram em disputas egoístas por poder que eventualmente atentam contra bens comuns de interesse global (saúde, alimentação, proteção da biodiversidade, trocas econômicas justas, defesa de patrimônios culturais etc.), uma boa saída em termos de legitimação poderia ser a inclusão dos próprios cidadãos e cidadãs mundiais, em última instância destinatários das regulações internacionais e transnacionais, em seus processos deliberativos. É isso que sustentam concepções teóricas baseadas na ideia da formação de uma cidadania ou de uma sociedade civil a nível transnacional, inspiradas sobretudo por variantes do cosmopolitismo.

Contudo, vimos que essas concepções enfrentam desafios teóricos e práticos pouco desprezíveis em suas tentativas de traduzir pressões pela democratização do espaço transnacional em estruturas institucionais robustas. Além disso, projetos como o da democracia cosmopolita focam quase que exclusivamente em grandes instituições de governança global, sobretudo as organizações intergovernamentais, deixando em segundo plano instituições como as autoridades públicas transnacionais. Apresentam-se como alternativas a esses projetos concepções mais modestas que redimensionam os ideais democráticos por meio da adoção de padrões de legalidade nas regulações, como a proposta do DAG ou a de um “standard público global”, de Buchanan e Keohane (2006). Entretanto, o problema do estabelecimento de ideais normativos nem sempre encontráveis permanece, levando essas concepções a críticas transcendentais que podem se revelar contraproducentes sob a nossa perspectiva crítica emancipatória.

Uma segunda chave de leitura sobre questões de legitimação no plano global é fornecida pela noção de constitucionalismo. Entendida enquanto projeto de constitucionalização baseado no direito internacional, essa noção também depende de reformas institucionais robustas como as pretendidas pela democracia cosmopolita. Deixando

de lado o debate sobre a adequação da ideia de constituição no âmbito pós-estatal, o constitucionalismo nos parece mais útil enquanto ponto de inflexão sobre práticas de limitação do exercício de poder transnacional do que como ponto de chegada, isto é, como proposta articulada de um constitucionalismo efetivo.

Por outro lado, o constitucionalismo também compreende perspectivas alternativas, como o “constitucionalismo societal” defendido por Teubner (2016). Os problemas dessa abordagem começam, no entanto, pela visão de uma fragmentação radical do espaço transnacional que enfraquece o estabelecimento de critérios normativos, como por exemplo a necessidade de coordenação. Além disso, percebe-se uma inflação potencialmente desnecessária da própria noção de constitucionalismo, como ressalta Neves (2014). Se faz sentido tratar do constitucionalismo de um ponto de vista alternativo, a noção de um “transconstitucionalismo” proposta por Neves (2009) nos parece mais modesta e, ao menos tempo, efetiva.

Essa exposição em torno de alguns temas e conceitos desembocou, na última seção do capítulo, em uma série de observações sobre que elementos de legitimação podem ser vistos como importantes a partir de uma perspectiva metodologicamente orientada pela Teoria Crítica. Nesse sentido, o argumento central do capítulo é expresso pela ideia de que uma visão crítica não precisa ser ideal normativa, isto é, não demanda o estabelecimento de conceitos fechados ou ideais normativos específicos como os expressos pelas reivindicações de um constitucionalismo ou de um modelo de democracia cosmopolita.

Finalmente, o terceiro capítulo adentrou mais propriamente no terreno regulatório das autoridades públicas transnacionais, e analisou-as em relação a cinco tópicos que consideramos fundamentais para a visão jurídica multinormativa e crítica que desenvolvemos nos capítulos anteriores. O primeiro ponto diz respeito às discussões sobre desenhos institucionais. Não parece haver um modelo único correto que seria replicável a todas as autoridades transnacionais. Mas nos parece importante levar sempre em consideração o contexto em que são formadas as demandas de legitimação, que Bernstein (2011) retrata de forma esquemática como contendo uma “estrutura social” internacional e uma comunidade de regulados e afetados, que representam respectivamente pontos de vista internos e externos sobre a legitimação da governança. O multissetorialismo se mostra como um modelo especialmente afeito a boa parte das regulações transnacionais, mas independentemente do modelo adotado o que mais importa é que ele possibilite à instituição potencializar ao máximo sua capacidade de realizar o sentido original da regulação, isto é, a proteção do bem comum que é objeto da atividade de governança.

Uma segunda noção importante é a de procedimentos de legitimação. Embora eles frequentemente não sejam considerados como propriamente “jurídicos”, nossa abordagem baseada na ideia de significado jurídico, desenvolvida no primeiro capítulo, ressaltou a importância de se pensar tais procedimentos também de um ponto de vista das ferramentas conceituais empregadas pelo direito, em especial sob uma perspectiva multinormativa.

A terceira seção do capítulo abordou a possibilidade de se pensar as regulações transnacionais a partir da tradição jurídica estatalmente concebida do *rule of law*, que aponta para a necessidade de se ir além da mera existência de direito ou de um conjunto de características formas ou procedimentais que este venha a apresentar. Baseados sobretudo na interpretação de Krygier (2017), que reforça que o domínio específico do *rule of law* é o combate a arbitrariedades no exercício de poder, sustentamos que essa tradição representa uma tendência emancipatória cuja defesa é válida no espaço transnacional, e que se desdobra principalmente na adoção do que Hart (2009) chamou de regras secundárias.

Em seguida, recuperamos na quarta seção o debate sobre a adequação do ideal democrático no âmbito regulatório transnacional. A partir das releituras da democracia propostas por Forst (2017) e Rodriguez (2019; 2020), defendemos que a defesa de uma ideal democrático talvez obtenha mais sucesso a partir da adoção de princípios e regras inspirados por um direito democrático do que pela transposição de modelos ideais de democracia, historicamente desenvolvidos no contexto do Estado moderno, para o espaço transnacional.

Finalmente, a última seção abordou a questão sobre a forma pela qual a ideia de emancipação pode ser mais bem traduzida para o espaço regulatório transnacional. Nesse último ponto podemos localizar a contribuição central do capítulo, ao afirmarmos que a defesa de interesses emancipatórios no âmbito das autoridades transnacionais passa pela promoção ou preservação das condições de reprodução da política em diferentes níveis. Esse objetivo, por sua vez, passa fundamentalmente pela adoção de formas jurídicas embebidas pela ideia de um direito democrático, um linha de argumentação crítica que vai de Neumann (2013; 2014) a Rodriguez (2019). O direito das autoridades públicas transnacionais é aqui pensando como forma de possibilitar as condições de reprodução da política, e não como “fim da política” ou como garantia “contra a política”. Rechaçamos assim a visão de que as autoridades públicas transnacionais devam ser vistas pura e simplesmente enquanto um “mal necessário”, e não como um instrumento potencialmente a serviço da emancipação, que é o interesse central da Teoria Crítica frankfurtiana que orienta metodologicamente nosso trabalho.

Os três pontos centrais que salientamos em cada capítulo da tese culminam na ideia de que, de uma perspectiva teórica jurídica multinormativa e crítica sobre as autoridades públicas transnacionais, o estabelecimento de regras, processos e instituições pautados por critérios de legalidade importa não apenas para a legitimação dessas autoridades, mas também para a promoção de interesses emancipatórios no contexto pós-estatal.

Se quisesse representar de forma fidedigna toda a complexidade do cenário regulatório transnacional, essa tese provavelmente não poderia ser um único filme, mas múltiplos. Contudo, a razão de ser de uma obra teórica parece ser justamente a de lançar reflexões possivelmente universalizáveis, como os melhores filmes são capazes de fazer. Essa é a contribuição que essa tese propõe, sabendo também que somente investigações empíricas minuciosas sobre cada uma das autoridades públicas transnacionais podem oferecer a real noção sobre a adequação de seus argumentos.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, Kenneth; GREEN, Jessica; KEOHANE, Robert O. Organizational ecology and institutional change in global governance. **International Organization**, [s. l.], v. 70, n. 2, p. 247-277, 2016.

ADLER, Emanuel. O construtivismo no estudo das relações internacionais. **Lua Nova – Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 47, p. 201-246, 1999.

ADORNO, Theodor. **Palavras e sinais: modelos críticos 2**. Petrópolis: Vozes, 1995.

ALBERNAZ, Renata Ovenhausen; WOLKMER, Antonio Carlos. As questões delimitativas do direito no pluralismo jurídico. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco; LIXA, Ivone (org.). **Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 195-222.

ANDENAS, Mads; BJORGE, Eirik. Introduction: from fragmentation to convergence in international law. ANDENAS, Mads; BJORGE, Eirik (org.). **A Farewell to fragmentation: reassertion and convergence in international law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 1-33.

ANTONOV, Mikhail. Em busca do pluralismo jurídico global. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 26, n. 1, p. 238-257, 2021.

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

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

ARCHIBUGI, Daniele; HELD, David; KOEHLER, Martin (org.). **Re-imagining political community: studies in cosmopolitan democracy**. Redwood City: Stanford University Press, 1998.

AVBELJ, Matej; KOMÁREK, Jan. Introduction. *In*: AVBELJ, Matej; KOMÁREK, Jan (org.). **Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond**. Oxford: Hart Publishing, 2012. p. 1-16.

BARLOW, John Perry. **Declaração de independência do ciberespaço**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/ciber/textos/barlow.htm>. Acesso em: 10 jan. 2023.

BBC BRASIL. **A empresa com lucro recorde maior que o PIB de mais de metade dos países do mundo**. 15 ago. 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-62546862#:~:text=V%C3%ADdeos-,A%20empresa%20com%20lucro%20recorde%20maior%20que%20o%20PIB%20de,metade%20dos%20pa%C3%ADses%20do%20mundo&text=A%20gigante%20petrol%C3%ADfera%20saudita%20Saudi,no%20segundo%20trimestre%20de%202022>. Acesso em: 12 jan. 2023.

BBC NEWS. **Trump threatens to pull US out of World Trade Organization**. 31 ago. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-45364150>. Acesso em: 17 jan. 2023.

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

BERMAN, Harold. World law. **Fordham International Law Journal**, Nova York, v. 18, n. 5, p. 1617-1622, 1994.

BERMAN, Paul Schiff. A Pluralist approach to international law. **Yale Journal of International Law**, New Haven, v. 32, n. 2, p. 301-329, 2007.

BERMAN, Paul Schiff. Can global legal pluralism be both “global” and “pluralist”? **Duke Journal of Comparative & International Law**, Durham, v. 29, n. 3, p. 381-404, 2019.

BERMAN, Paul Schiff. From international law to law and globalization. **Columbia Journal of Transnational Law**, Nova York, v. 43, p. 485-556, 2005.

BERMAN, Paul Schiff. **Global legal pluralism: a jurisprudence of law beyond borders**. Nova York: Cambridge University Press, 2012.

BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism as a normative project. **UC Irvine Law Review**, Irvine, v. 8, n. 2, p. 149-182, 2019.

BERMAN, Paul Schiff. The Evolution of global legal pluralism. **GW Law School Public Law and Legal Theory Paper Series**, n. 42, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2999743>. Acesso em: 20 jan. 2023.

BERNSTEIN, Steven; CASHORE, Benjamin. Can non-state global governance be legitimate? An analytical framework. **Regulation & Governance**, [s. l.], v. 1, n. 4, p. 347-371, 2007.

BERNSTEIN, Steven. Legitimacy in intergovernmental and non-state global governance. **Review of International Political Economy**, [s. l.], v. 18, n. 1, p. 17-51, 2011.

BERNSTEIN, Steven. When is non-state global governance really governance? **Utah Law Review**, Salt Lake City, n. 1, p. 91-114, 2010.

BESSON, Samantha. The Truth about legal pluralism: review of Nico Krisch, Beyond constitutionalism: the pluralist structure of postnational law. **European Constitutional Law Review**, Amsterdam, v. 8, n. 2, p. 354-361, 2012.

BIANCHI, Andrea. **International law theories: an inquiry into different ways of thinking**. Nova York: Oxford University Press, 2016.

BIANCHI, José Flávio. Internet e regulação: a ICANN à luz da teoria da regulação. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 247-268, 2016.

BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo (org.). **International judicial lawmaking**. Berlin: Springer, 2012.

BOHMAN, James. **Democracy across borders: from Dêmos to Dêmoi**. Cambridge, Massachussets: MIT Press, 2007.

BOHMAN, James. Republican cosmopolitanism. **Journal of Political Philosophy**, [s. l.], v. 12, n. 3, p. 336-352, 2004.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen. **Legitimacy and legality in international law: an interactional account**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

BUCHANAN, Allen; KEOHANE, Robert. The Legitimacy of global governance institutions. **Ethics & International Affairs**, Nova York, v. 20, n. 4, p. 405-437, 2006.

BURKE-WHITE, William. International Legal Pluralism. **Michigan Journal of International Law**, Ann Arbor, v. 25, n. 4, p. 963-979, 2004.

CAFAGGI, Fabrizio. Transnational private regulation: regulating private regulators. **SSRN Papers**, 9 jun. 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2615694. Acesso em: 12 jan. 2023.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. The Crisis of the representative democracy in the face of digital democracy. *In*: DE MORAIS, Carlos Blanco; MENDES, Gilmar Ferreira; VESTING, Thomas (org.). **The Rule of law in cyberspace**. Cham: Springer International, 2022. p. 89-102.

CAMPILONGO, Celso. Teoria do direito e globalização econômica. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 77-92.

CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco; LIXA, Ivone (org.). **Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 13-36.

CATÁ BACKER, Larry. The Structural characteristics of global law for the 21st century: fracture, fluidity, permeability, and polycentricity. **Tilburg Law Review**, Tilburg, v. 17, n. 2, p. 177-199, 2012.

CHARNOVITZ, Steve. Nongovernmental organizations and international law. **The American Journal of International Law**, Washington, DC, v. 100, n. 2, p. 348-372, 2006.

CIGI. **The Four domains of global platform governance**. Waterloo, Canadá: Centre for International Governance Innovation, 2022. Disponível em: <https://www.cigionline.org/the-four-domains-of-global-platform-governance>. Acesso em: 23 jan. 2023.

CNBC. **WTO says U.S. tariffs on Chinese goods violated international trade rules**. 15 set. 2020. Disponível em: <https://www.cnbc.com/2020/09/15/wto-says-us-tariffs-on-chinese-goods-violated-international-trade-rules.html>. Acesso em: 11 jan. 2023.

COHEN, Jean. **Globalization and sovereignty**: rethinking legality, legitimacy, and constitutionalism. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

COHEN, Jean L. Reply to Scheuerman's review of "Globalization and Sovereignty". **Global Constitutionalism**, Southampton, v. 3, n. 1, p. 119-141, 2014.

COHEN, Jean. The Constitutionalization of international law. In: BRUNKHORST, Hauke et al. (org.). **The Habermas handbook**: new directions in critical theory. Nova York: Columbia University Press, 2018. p. 143-152.

CONECTAS; CEPEDISA. **Direitos na pandemia**: mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à COVID-19 no Brasil, São Paulo, n. 10, 20 jan. 2021. Disponível: https://www.conectas.org/wpcontent/uploads/2021/03/Boletim_Direitos-na-Pandemia_ed_10.pdf. Acesso em: 22 jan. 2023.

COSTANZA-CHOCK, Sasha. **Design justice**: community-led practices to build the worlds we need. Cambridge: MIT Press, 2020. Disponível em: <https://designjustice.mitpress.mit.edu>. Acesso em: 20 jan. 2023.

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

COVER, Robert. The Folktales of justice: tales of jurisdiction. **Capital University Law Review**, Columbus, v. 14, n. 5, p. 179-204, 1985.

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 (org.). **Democracy's Edges**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 19-36.

DICKINSON, Laura. Regulating the privatized security industry: the promise of public/private governance. **Emory Law Journal**, Atlanta, v. 63, n. 2, p. 417-454, 2013.

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

DUVE, Thomas (org.). **Entanglements in legal history**: conceptual approaches. Frankfurt: Max Planck Institute for European Legal History, 2014.

DUVE, Thomas. História do direito europeu – perspectivas globais. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 383-412, set./dez. 2015.

DUVE, Thomas. Legal history as a history of the translation of knowledge of normativity. **Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory Research Paper Series**, Frankfurt am Main, n. 16, 2022. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4229323>. Acesso em: 12 jan. 2023.

DUVE, Thomas. Was ist “Multinormativität”? – Einführende Bemerkungen. **Rechtsgeschichte – Legal History**, Hamburgo, v. 25, 2017.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília: UnB, 1986.

FABRA-ZAMORA, Jorge Luis. The theoretical puzzles of non-state legal phenomena. **Transnational Legal Theory**, [s. l.], v. 12, n. 1, p. 110-143, 2021.

FAIRWORK. **Fairwork Brazil ratings 2021: towards decent work in the platform economy**. Porto Alegre; Oxford; Berlim, 2022. Disponível em: <https://fair.work/wp-content/uploads/sites/17/2022/03/Fairwork-Report-Brazil-2021-PT-1.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2023.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. **Michigan Journal of International Law**, Ann Arbor, v. 25, n. 4, p. 999-1046, 2004.

FLORES, Maurício Pedrosa. **Um anarquista que amava o direito: o pluralismo normativo de Robert Cover**. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, 2018.

FLORES, Maurício Pedrosa; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática jurídica e controvérsias religiosas à luz de Robert Cover: a recusa de transfusão sanguínea por parte das Testemunhas de Jeová. **Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 26, p. 52-83, 2018.

FORST, Rainer. **Normativity and power: analyzing social orders of justification**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

FULLER, Lon. **The morality of law**. ed. rev. New Haven: Yale University Press, 1969.

GALÁN, Alexis; PATTERSON, Dennis. The limits of normative legal pluralism: review of Paul Schiff Berman, *Global legal pluralism: a jurisprudence of law beyond borders*. **International Journal of Constitutional Law**, Nova York, v. 11, n. 3, p. 783-800, 2013

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.

GALGANO, Francesco. The new lex mercatoria. **Annual Survey of International & Comparative Law**, San Francisco, v. 2, n. 1, p. 99-110, 1995.

GIUDICE, Michael. Global legal pluralism: What's law got to do with it? **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 34, n. 3, p. 589-608, 2014.

GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who controls the internet?:** illusions of a borderless world. Oxford: Oxford University Press, 2006.

GRAY, Kevin. Neither democratic nor constitutional but legitimate: fragmentation and the legitimation of international law. *In*: FABRA-ZAMORA, Jorge (org.). **Jurisprudence in a globalized world**. Cheltenham: Edward Elgar, 2020. p. 247-267.

GRIFFITHS, John. The idea of sociology of law and its relation to law and to sociology. *In*: FREEMAN, Michael. **Law and sociology: current legal issues**, v. 8. Oxford: Oxford University Press, 2006.

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

GRIMM, Dieter. The Achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world. *In*: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (org.). **The Twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 3-22.

GUNTHER, Klaus. Legal pluralism or uniform concept of law? Globalisation as a problem of legal theory. **No Foundations**, Helsinki, n. 5, p. 5-21, 2008.

GUNTHER, Klaus. Normative legal pluralism: a critique. *In*: FABRA-ZAMORA, Jorge (org.). **Jurisprudence in a globalized world**. Cheltenham: Edward Elgar, 2020. p. 84-99.

HABERMAS, Jürgen. A constitucionalização do direito internacional ainda tem uma chance? *In*: HABERMAS, Jürgen. **O ocidente dividido**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. p. 115-204.

HABERMAS, Jürgen. Agir Comunicativo e razão destranscendentalizada. *In*: HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 31-90.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

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

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**. 2 vols. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. The Crisis of the European Union in the light of a constitutionalization of international law. **European Journal of International Law**, Firenze, v. 23, n. 2, p. 3350348, 2012.

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

HALLIDAY, Terence; SHAFFER, Gregory. Transnational legal orders. *In*: HALLIDAY, Terence; SHAFFER, Gregory (org.). **Transnational legal orders**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 3-72.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

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

HEUPEL, Monika; REINOLD, Theresa (org.). **The Rule of law in global governance**. Londres: Palgrave Macmillan, 2016.

HOLMES, Oliver Wendell. The Path of the law. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 10, n. 8, p. 457-477, 1897.

HOLDEN, Andrew. **Jehovah's Witnesses**: portrait of a contemporary religious movement. Nova York: Routledge, 2002.

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. p. 336-360.

HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. *In*: BENJAMIN, Walter et al. **Textos escolhidos**. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Os Pensadores, p. 117-161).

INTERNATIONAL CENTRE FOR DISPUTE RESOLUTION (ICDR). **Declaração do Painel de Revisão Independente**: caso n. 50-117-T-00224-08. 19 fev. 2010. Disponível em: <https://www.icann.org/en/system/files/files/-panel-declaration-19feb10-en.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2023.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). **Friendship among equals**: recollections from ISO's first fifty years. Genebra: ISO, 1997. Disponível em: https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/about%20ISO/docs/en/Friendship_among_equals.pdf. Acesso em: 18 jan. 2023.

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Bylaws for Internet Corporation for Assigned Names And Numbers**. Atualizada em 02 jun. 2022. Disponível em: <https://www.icann.org/resources/pages/governance/bylaws-en>. Acesso em: 20 jan. 2023.

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Carta em resposta ao Governmental Advisory Committee (GAC) Advice –.AMAZON**

(**and related IDNs**). 7 abr. 2014. Disponível em:
<https://www.icann.org/en/system/files/correspondence/crocker-to-dryden-07apr14-en.pdf>.
 Acesso em: 13 jan. 2023.

JESSUP, Philip. **Transnational law**. New Haven: Yale University Press, 1956.

JOERGES, Christian. Conflicts-law constitutionalism: ambitions and problems. **Zentra Working Papers in Transnational Studies**, Bremen/Oldenburg, n. 10, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2182092. Acesso em: 21 jan. 2023.

JOERGES, Christian. The Idea of a three-dimensional conflicts law as constitutional form. **RECON Online Working Papers Series**, n. 5, 2010. Disponível em:
http://www.europeanrights.eu/public/commenti/jeorges_testo.pdf. Acesso em: 21 jan. 2023.

JOVANOVIC, Miodrag. “Global/transnational law” challenges to theorizing about law. *In*: FABRA-ZAMORA, Jorge (org.). **Jurisprudence in a globalized world**. Cheltenham: Edward Elgar, 2020. p. 54-83.

KAHLER, Miles. Global governance: three futures. **International Studies Review**, [s. l.], v. 20, n. 2, p. 239–246, 2018.

KAISER, Karl. Transnational relations as a threat to the democratic process. **International Organization**, Cambridge, v. 25, n. 3, p. 706-720, 1971.

KAMINSKI, Margot. The Right to explanation, explained. **University of Colorado Law Legal Studies Research Paper Series**, Boulder, n. 18-24, p. 1-25, 2018. Disponível em:
<https://ssrn.com/abstract=3196985>. Acesso em: 20 jan. 2023.

KARAVAS, Vaios; TEUBNER, Gunther. *www.CompanyNameSucks.com: the horizontal effect of fundamental rights on 'private parties' within autonomous internet law*. **Constellations**, Oxford, v. 12, n. 2, p. 262-282, 2005.

KECK, Margaret; SIKKINK, Kathryn. **Activists beyond borders: advocacy networks in international politics**. Ithaca: Cornell University Press, 1998.

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. The Emergence of Global Administrative Law. **Law and Contemporary Problems**, Durham, v. 68, n. 3-4, p. 15-61, 2005.

KLABBERS, Jan; TROMMER, Silke. Peaceful coexistence: normative pluralism in international law. *In*: KLABBERS, Jan; PIIPARINEN, Touko. **Normative pluralism and international law: exploring global governance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 67-93.

KLATT, Matthias. Balancing competences: how institutional cosmopolitanism can manage jurisdictional conflicts. **Global Constitutionalism**, Southampton, v. 4, n. 2, p. 195-226, 2015.

KLEINHANS, Martha-Marie; MACDONALD, Roderick A. What is a critical legal pluralism? **Canadian Journal of Law and Society**, Ottawa, v. 12, n. 2, p. 25-46, 1997.

KOH, Harold. Transnational legal process. **Nebraska Law Review**, Lincoln, v. 75, n. 1, p. 181-207, 1996.

KOH, Harold. Why do nations obey international law? **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 106, n. 8, p. 2599-2659, 1997.

KOSKENNIEMI, Martti. **Fragmentation of international law**: difficulties arising from the diversification and expansion of international law – Report of the study group of the International Law Commission. Geneva: ONU, 2006. Disponível em: <https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

KOSKENNIEMI, Martti. Global legal pluralism: multiple regimes and multiple modes of thought. **Research Gate**, 2005. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/265477439_GLOBAL_LEGAL_PLURALISM_MULTIPLE_REGIMES_AND_MULTIPLE_MODES_OF_THOUGHT. Acesso em: 22 jan. 2023.

KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. Fragmentation of international law? Postmodern anxieties. **Leiden Journal of International Law**, Leiden, v. 15, n. 3, p. 553-579, 2002.

KOSKENNIEMI, Martti. **The Gentle civilizer of nations**: the rise and fall of international law 1870–1960. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

KREUDER-SONNEN, Christian. ZÜRN, Michael. After fragmentation: norm collisions, interface conflicts, and conflict management. **Global Constitutionalism**, Southampton, v. 9, n. 2, p. 241-267, 2020.

KRISCH, Nico. **Beyond constitutionalism**: the pluralist structure of postnational law. Oxford: Oxford University Press, 2010.

KRISCH, Nico. Entangled legalities in the postnational space. **International Journal of Constitutional Law**, Nova York, v. 20, n. 1, p. 476-506, 2022.

KRISCH, Nico. Pouvoir constituant and pouvoir irritant in the postnational order. **International Journal of Constitutional Law**, Nova York, v. 14, n. 3, p. 657-679, 2016.

KRYGIER, Martin. Legal pluralism and the value of the rule of law. *In*: ROUGHAN, Nicole; HALPIN, Andrew (org.). **In Pursuit of pluralist jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 295-325.

KU, Charlotte; DIEHL, Paul. The Primary effects of secondary rules: institutions and multi-level Governance. *In*: HEUPEL, Monika; REINOLD, Theresa (org.). **The Rule of law in global governance**. Londres: Palgrave Macmillan, 2016. p. 29-57.

KUMM, Mattias. The Legitimacy of international law: a constitutionalist framework of analysis. **European Journal of International Law**, Firenze, v. 15, n. 5, p. 907-931, 2004.

- LEANDER, Anna; WERNER, Wout. Tainted love: the struggle over legality in international relations and international law. *In*: RAJKOVIC, Nikolas; AALBERTS, Tanja; GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas. **The Power of legality**: practices of international law and their politics. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- LINDSEY, David. What do the .XXX disputes tell us about internet governance? ICANN's legitimacy deficit in context. **Telecommunications Journal of Australia**, Melbourne, v. 63, n. 3, p. 1-15, 2013.
- LOURME, Louis. Pourquoi le cosmopolitisme institutionnel? *In*: POLICAR, Alain (org.). **Le cosmopolitisme sauvera-t-il la démocratie?** Paris: Classiques Garnier, 2019. p. 93-108.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MACCORMICK, Neil. **Questioning sovereignty**: law, state, and nation in the European Commonwealth. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime and custom in savage society**. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 1989.
- MARCUSE, Herbert. **O Homem unidimensional**: a ideologia da sociedade industrial. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.
- 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: 28 dez. 2022.
- MAUS, Ingeborg. From nation-state to global state, or the decline of democracy. **Constellations**, Oxford, v. 13, n. 4, p. 465-484, 2006.
- MEGIDDO, Tamar. Beyond Fragmentation: on international law's integrationist forces. **Yale Journal of International Law**, New Haven, v. 44, n. 1, p. 115-147, 2019.
- MELISSARIS, Emmanuel; CROCE, Mariano. A Pluralism of legal pluralisms. *In*: OXFORD HANDBOOKS EDITORIAL BOARD. **Oxford Handbook Topics in Law**. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- 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.
- MICHAELS, Ralf. Global legal pluralism. **Annual Review of Law and Social Science**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 243-262, 2009.

MICHAELS, Ralf. Law and recognition – towards a relational concept of law. *In*: ROUGHAN, Nicole; HALPIN, Andrew (org.). **In Pursuit of pluralist jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 90-115.

MOORE, Sally Falk. Certainties undone: fifty turbulent years of legal anthropology, 1949-1999. **The Journal of the Royal Anthropological Institute**, Londres, v. 7, n. 1, p. 95-116, 2011.

MOORE, Sally Falk. Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study. **Law & Society Review**, Amherst, v. 7, n. 4, p. 719-746, 1973.

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.

MOROZOV, Evgeny. **Big Tech: a ascensão dos dados e morte da política**. São Paulo: Ubu, 2018.

MUELLER, Milton. **Networks and states: the global politics of internet governance**. Cambridge: The MIT Press, 2010.

MULDOON, James. **Platform socialism: how to reclaim our digital future from big tech**. Londres: Pluto Press, 2022.

MÜLLER, Jan-Werner. **What is populism?** Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016.

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

NEUMANN, Franz. **Behemoth: the structure and practice of National Socialism 1933-1944**. Nova York: Oxford University Press, 1944.

NEUMANN, Franz. **O império do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 201-232, 2014.

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

NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

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: 18 jan. 2023.

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.

PACHUKANIS, Evguiéni. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Boitempo, 2017.

PALOMBELLA, Gianluigi. The Rule of law and its core. *In*: PALOMBELLA, Gianluigi; WALKER, Neil (org.). **Relocating the rule of law**. Oxford: Hart Publishing, 2009. p. 17-42.

PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures. **Leiden Journal of International Law**, Leiden, v. 19, n. 3, p. 579-610, 2006.

PETERS, Anne. The refinement of international law: from fragmentation to regime interaction and politicization. **International Journal of Constitutional Law**, Nova York, v. 15, n. 3, p. 671-704, 2017.

PIIE (Peterson Institute for International Economics). **In US-China trade disputes, the WTO usually sides with the United States**. 12 mar. 2019. Disponível em: <<https://www.piie.com/blogs/trade-and-investment-policy-watch/us-china-trade-disputes-wto-usually-sides-united-states>>. Acesso em: 10 jan. 2023.

POLITICS. **O .amazon é bem mais que um mero nome de domínio**. Jun. 2019. Disponível em: <https://politics.org.br/edicoes/o-amazon-%C3%A9-bem-mais-que-um-mero-nome-de-dom%C3%ADnio>. Acesso em: 11 jan. 2023.

POSPISIL, Leopold. **Anthropology of law: a comparative theory**. Nova York: Harper & Row, 1971.

POST, Robert. Who's Afraid of Jurispathic Courts? Violence and Public Reason in Nomos and Narrative. **Yale Journal of Law & the Humanities**, New Haven, v. 17, n. 1, p. 9-16, 2005.

PRICE, Richard. Transnational civil society and advocacy in world politics. **World Politics**, [s. l.], v. 55, n. 4, p. 579-606, 2003.

RAUSTIALA, Kal. Governing the internet. **UCLA Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Los Angeles, n. 16-33, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2814777. Acesso em: 18 jan. 2023.

RAUSTIALA, Kal. Public power and private stakeholders. **UCLA Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Los Angeles, n. 17-26, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3023598>. Acesso em: 18 jan. 2023.

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: 16 jan. 2023.

RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 1979.

RAZ, Joseph. Why the state? *In*: ROUGHAN, Nicole; HALPIN, Andrew (org.). **In Pursuit of pluralist jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 136-162.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Direito das lutas**: democracia, diversidade e multinormatividade. São Paulo: Liber Ars, 2019a.

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

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Multinormatividade como teoria do direito: para um universalismo sensível. *In*: BRAGATO, Fernanda Frizzo; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, n. 16. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2020. p. 251-276.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Originalismo democrático como modelo interpretativo da Constituição brasileira. **RECHTD – Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 11, n. 13, p. 461-479, 2019b.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Perversão do direito (e da democracia): seis casos. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 4, p. 261-294, 2016.

ROSANVALLON, Pierre. **Democratic legitimacy**: impartiality, reflexivity, proximity. Princeton: Princeton University Press, 2011.

ROSENAU, James; CZEMPIEL, Ernst-Otto. **Governance without government**: order and change in world politics. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

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

ROTH-ISIGKEIT, David. **The Plurality trilemma**: a geometry of global legal thought. Londres: Palgrave Macmillan, 2018.

ROUGHAN, Nicole. **Authorities**: conflicts, cooperation, and transnational legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2013.

RUGGIE, John Gerard. Reconstituting the global public domain – issues, actors, and practices. **European Journal of International Relations**, Erfurt, v. 10, n. 4, p. 499-531, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O direito dos oprimidos**: sociologia crítica do direito, parte 1. São Paulo: Cortez, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Toward a new legal common sense**: law, globalization, and emancipation. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

SCHEPEL, Harm. **The constitution of private governance**: product standards in the regulation of integrating markets. Oxford: Hart Publishing, 2005.

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

SCHEUERMAN, William. Review essay ‘globalization, constitutionalism, and sovereignty’. **Global Constitutionalism**, Southampton, v. 3, n. 1, p. 102–118, 2014.

SCHEUERMAN, William. **The Realist case for global reform**. Cambridge: Polity Press, 2011.

SCHOLZ, Trebor. **Cooperativismo de plataforma**: contestando a economia do compartilhamento corporativa. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; Editora Elefante; Autonomia Literária, 2016.

SCIULLI, David. **Theory of societal constitutionalism**: foundations of a non-Marxist critical theory. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

SCOTT, Craig. “Transnational law” as proto-concept: three conceptions. **German Law Journal**, Frankfurt am Main, v. 10, n. 7, p. 859-876, 2009.

SHANKS, Cheryl; JACOBSON, Harold; KAPLAN, Jeffrey. Inertia and change in the constellation of international governmental organizations, 1981- 1992. **International Organization**, [s. l.], v. 50, n. 4, p. 593-627, 1996.

SHAPIRO, Scott. O debate “Hart versus Dworkin”: um pequeno guia para os perplexos. *In*: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas (org.). **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 254-289.

SIMON, Gérald. **Puissance sportive et ordre juridique étatique**. Paris: Editions LGDJ, 1990.

SLEE, Tom. **Uberização**: a nova onda do trabalho precarizado. São Paulo: Elefante, 2019.

SMITH, Michael Garfield. **Corporations and society**. Londres: Duckworth, 1974.

SRNICEK, Nick. **Platform Capitalism**. Cambridge: Polity Press, 2016.

SOMEK, Alexander. The Concept of “law” in Global Administrative Law: a reply to Benedict Kingsbury. **The European Journal of International Law**, Firenze, v. 20, n. 4, p. 985-995, 2009.

STOKES, Geoffrey. Transnational citizenship: problems of definition, culture and democracy. **Cambridge Review of International Affairs**, Cambridge, v. 17, n. 1, p. 119-135, 2004.

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

SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

TAEKEMA, Sanne. Navigating law's complexities: concepts for postnational law – a reply to Nico Krisch. **International Journal of Constitutional Law**, Nova York, v. 20, n. 1, p. 514-520, 2022.

TAKE, Ingo. Regulating the Internet infrastructure: a comparative appraisal of the legitimacy of ICANN, ITU, and the WSIS. **Regulation & Governance**, v. 6, n. 4, p. 1-25, 2012.

TAMANAH, Brian. An Analytical map of social scientific approaches to the concept of law. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 15, n. 4, p. 501–535, 1995.

TAMANAH, Brian. **A realistic theory of law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

TAMANAH, Brian Z. **Legal pluralism explained: history, theory, consequences**. Oxford: Oxford University Press, 2021.

TAMANAH, Brian. Understanding legal pluralism: past to present, local to global. **Sydney Law Review**, Sydney, v. 30, n. 2, p. 375-411, 2008.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. **Impulso**, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 9-31, 2003.

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.

THIRLWAY, Hugh. **The sources of international law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019.

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

TWINING, William. Jurisprudence and globalisation. In: FABRA-ZAMORA, Jorge (org.). **Jurisprudence in a globalized world**. Cheltenham: Edward Elgar, 2020. p. 14-23.

TWINING, William. Normative and legal pluralism: a global perspective. **Duke Journal of Comparative & International Law**, Durham, v. 20, p. 473-517, 2010.

UNIÃO EUROPEIA (UE). **Regulação nº 2016/679, de 27 de abril 2016**. Bruxelas: Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 20 jan. 2023.

VARGAS-LEON, Patricia; KUEHN, Andreas. The battle for critical internet resources: South America vs. Amazon.com, inc. **Journal of Law and Regulation**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 1-22, 2015.

VENZKE, Ingo; MENDES, Joana. The idea of relative authority in European and international law. **International Journal of Constitutional Law**, Nova York, v. 16, n. 1, p. 75-100, 2018.

VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**: a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001.

VIELLECHNER, Lars. Responsive legal pluralism: the emergence of transnational conflicts law. **Transnational Legal Theory**, [s. l.], v. 6, n. 2, p. 312-332, 2015.

VON STADEN, Andreas. No Institution is an island: checks and balances in global governance. In: MENDES, Joana; VENZKE, Ingo (org.). **Allocating Authority**: Who Should Do What in European and International Law? Oxford: Hart Publishing, 2018. p. 115-140.

WALDRON, Jeremy. The Rule of law and the importance of procedure. In: FLEMING, James (org.). **Getting to the rule of law**. Nova York: New York University Press, 2011.

WALKER, Neil. **Intimations of global law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

WALKER, Neil. Populism and constitutional tension. **International Journal of Constitutional Law**, Nova York, v. 17, n. 2, p. 515-535, 2019.

WALKER, Neil. Postnational constitutionalism and postnational public law: a tale of two neologisms. **Edinburgh School of Law Research Paper Series**, Edimburgo, n. 20, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2138145. Acesso em: 20 jan. 2023.

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

WALKER, Neil. The Idea of constitutional pluralism. **Modern Law Review**, Londres, v. 65, n. 3, p. 317-359, 2002.

WAPNER, Paul. Politics beyond the State: environmental activism and world civic politics. **World Politics**, [s. l.], v. 47, n. 3, p. 311-340, 1995.

WARAT, Luis Alberto. A Dogmática jurídica e o Estado de direito. In: WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito, v. 3**: o direito não estudado pela teoria moderna. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 137-160.

WARK, McKenzie. **Capital is dead**: is this something worse? Nova York: Verso, 2019.

WEBER, Max. **A “objetividade” do conhecimento nas ciências sociais**. São Paulo: Ática, 2006.

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

WELCH, David A. What is “governance”, anyway? **Canadian Foreign Policy Journal**, Ottawa, v. 19, n. 3, p. 253-267, 2013.

WIENER, Antje. **A Theory of contestation**. Berlim: Springer, 2014.

WIPO. **Selected WIPO Correspondence with ICANN**. Disponível em: <<https://www.wipo.int/amc/en/domains/resources/icann>>. Acesso em: 05 jan. 2023.

WIRED. **The Election that saved the internet from Russia and China**. 30 out. 2022. Disponível em: <https://www.wired.co.uk/article/itu-2022-vote-russia-china-open-internet>. Acesso em: 21 jan. 2023.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

YAMATO, Roberto Vilchez; HOFFMANN, Florian Fabian. Counter-disciplining the dual agenda: towards a (re-)assessment of the interdisciplinary study of international law and international relations. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Rio de Janeiro, v. 61, n. 1, p. 1-18, 2018.

ZUBOFF, Shoshana. **The Age of surveillance capitalism**. Nova York: Public Affairs, 2018.

ZUMBANSEN, Peer. Introduction: transnational Law, with and beyond Jessup. *In*: ZUMBANSEN, Peer (org.). **The many lives of transnational law: critical engagements with Jessup’s bold proposal**. Cambridge University Press, 2020. p. 1-54.

ZUMBANSEN, Peer. Neither “public” nor “private”, “national” nor “international”: transnational corporate governance from a legal pluralist perspective. **Journal of Law and Society**, [s. l.], v. 38, n. 1, p. 50-75, 2011.

ZUMBANSEN, Peer (org.). **The many lives of transnational law: critical engagements with Jessup’s bold proposal**. Cambridge University Press, 2020.

ZÜRN, Michael. **A theory of global governance: authority, legitimacy, and contestation**. Oxford: Oxford University Press, 2018.

ZÜRN, Michael. How non-majoritarian institutions make silent majorities vocal: a political explanation of authoritarian populism. **Perspectives on Politics**, Cambridge, v. 20, n. 3, p. 1-20, 2021.