

A Função da Legitimação na Governança Transnacional¹

POUL F. KJAER

Professor Doutor da *European Governance and Political Economy, Copenhagen Business School* no Departamento de Administração, Política e Filosofia

RESUMO: Ao desenvolver uma teoria social, por meio de um enfoque sociológico, este artigo questiona o porquê de a prática social da legitimação ter assumido o papel central no debate sobre ordenamento transnacional. Ao contrário de perspectivas que enxergam o relacionamento entre as formas nacional e transnacional de ordenamento jurídico como um relacionamento sem qualquer soma, a relação coevolucionária e mutuamente encorajadora entre as citadas formas de ordenamento jurídico é aqui defendida e enfatizada. Sustenta-se, ainda, que essa complementaridade pode ser rastreada desde a mais fundamental e diferente função e posição das formas nacionais e transnacionais de ordenamento jurídico na sociedade mundial. A tentativa generalizada de analisar desenvolvimentos transnacionais com base em conceitos de lei e de política derivados de contextos de ordenamentos nacionais é, portanto, problemática. Assim, justamente no sentido oposto, esse artigo defende que conceitos contextualizados de lei e política transnacionais são necessários. E diante dessa necessidade é que o discurso sobre legitimação emergiu no âmbito da governança transnacional. As práticas de legitimação do ordenamento jurídico transnacional podem ser entendidas como equivalentes funcionais da democracia, na medida em que ambas podem ser compreendidas como instrumentos de crescente reflexividade. A diferença central, entretanto, é que contextos legitimados pela democracia implicam uma forma *ex ante* do político em contraste com a ênfase *ex post* das práticas de legitimação do ordenamento jurídico transnacional. Além disso, a lei assume um papel instrumental central, pois é por meio dela que as práticas de legitimação são estruturadas em ambiente transnacional.

PALAVRAS-CHAVE: Legitimação; direito transnacional; política transnacional; governança global; democracia.

SUMÁRIO: Introdução; I – Estado moderno e governança transnacional – Além da antinomia; II – Factualidade, normatividade e teleologia; III – A forma nacional e transnacional de política; IV – A evocação à legitimação e sua estruturação pela lei; Conclusão.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, uma série de debates acadêmicos sobre justiça surgiu e destacou-se em relação aos desenvolvimentos transnacionais². Enquanto o

1 O trabalho de Poul F. Kjaer é apoiado/custeado pelo Conselho Europeu de Pesquisa (ITEPE 312331). Partes desse trabalho baseiam-se em seu livro *Constitutionalism in the Global Realm: A Sociological Approach* (Routledge, Londres, 2014). Artigo traduzido por Ana Carolina do Couto e Silva. Este artigo faz parte de uma série de contribuições à Conferência “Towards a Grammar of Justice in EU Law”, ocorrida em 6 e 7 de novembro de 2014, na VU University Amsterdam, e patrocinada por Access Europe Amsterdam, VU Centre for European Legal Studies e Dutch Research Council Veni Grant.

2 Principalmente: R. Forst, *Das Recht auf Rechtfertigung – Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit* (Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 2007); D. Kochenov, G. de Búrca e A. Williams (Ed.),

debate em curso tem se desenrolado no terreno normativo, este artigo busca um caminho diferente. Ele apresenta uma reflexão teórico-social, com enfoque sociológico, que questiona o motivo de um movimento de desdobramento em direção à legitimação. Portanto, o foco central consiste mais na prática social da legitimação do que na coerência lógica da argumentação filosófica relativa ao conceito de justiça.

É necessário observar a prática da legitimação nas conjunturas em que ela se desenvolve. Desse modo, a compreensão da própria natureza da governança transnacional de que se parte, conseqüentemente, tende a ser decisiva para a apreensão da prática da legitimação em contextos transnacionais. Simplificando, o discurso acadêmico sobre governança transnacional em geral e na União Europeia (UE), especificamente, é caracterizado por duas abordagens centrais. A primeira busca descrever e avaliar a UE com base em configurações factuais e critérios normativos que emergiram originalmente de âmbitos nacionais. A outra abordagem insiste na ideia de que os processos políticos e jurídicos nacionais e transnacionais são substancialmente diferentes em estrutura e propósito. Com base nessa última perspectiva, as diretrizes normativas existentes, assim como as referências normativas nas quais os processos jurídicos e políticos transnacionais deveriam ser avaliados, são consideradas fundamentalmente diferentes. O argumento desenvolvido neste artigo pertence a essa última categoria, mas repousa em uma fundamentação sociológica específica que provê a base para revogar a antinomia entre o nacional e o transnacional sem resultar em uma lógica de soma zero. Argumenta-se que as formas nacionais e transnacionais de ordenamento social não são mutuamente substituíveis. Ao contrário, elas constituem fenômenos complementares que historicamente emergiram lado a lado, apoiando-se mutuamente. Essa complementariedade pode ser descrita com os conceitos de “condensação” e “transferência”. Por sua vez, esses dois conceitos, respectivamente, servem para delinear a orientação desejada, entendida como a unidade de função e de diretriz normativa dos processos políticos e jurídicos nacionais e transnacionais. Derrubar a antinomia entre o nacional e o transnacional significa dizer que mais soberania implica mais transnacionalidade, e mais transnacionalidade implica mais soberania. Isso também está sendo atestado pelo fato de que, ao contrário da percepção popular, a soberania dos Estados-Nação não tem enfraquecido nas últimas décadas. Ao contrário, desde meados do século XX, desenvolveu-se um fortalecimento da soberania dos Estados em todo o globo.

Como os Estados são os únicos espaços em que a democracia se concretizou e também os únicos espaços com potencial para atuar como espaços democráticos, o fortalecimento do Estado traduz-se em boas notícias para a demo-

Europe's Justice Deficit? (Hart Publishing, Oxford, 2015); J. Neyer, *The Justification of Europe. A Political Theory of Supranational Integration* (Oxford University Press, Oxford, 2012).

cracia³. Por outro lado, processos políticos e jurídicos transnacionais não são, por razões estruturais, espaços potenciais para a democracia. Nesse caso, uma compreensão contextualizada da função combinada e do propósito normativo de direito e política transnacionais é necessária. Em suma, conceitos específicos de formas transnacionais de lei e de política, que reflipam a localização, a função e o propósito normativo dos processos transnacionais, precisam ser desenvolvidos. É neste cenário que os processos de legitimação têm surgido como um potencial substituto da democracia nos processos políticos transnacionais. Esse desenvolvimento, entretanto, implica focar na função estratégica da lei, na medida em que a lei passa a ser a base pela qual as práticas de legitimação são estruturadas e desenvolvidas.

Complementando o prisma das demais contribuições a essa questão especial, este artigo segue da seguinte maneira: primeiro, a coevolução em longo prazo do Estado moderno e da governança transnacional é brevemente delineada para estabelecer o cenário. Em seguida, a relação entre factualidade e normatividade é analisada com o objetivo de expor a tensão básica que impulsiona os ordenamentos transnacionais e nacionais. Depois disso, a forma e o conteúdo dos contornos políticos no nacional e no transnacional são analisados. Por fim, neste pano de fundo, a guinada à legitimação é abordada e isso é feito enfatizando o papel da lei na estruturação dos processos de legitimação.

I – ESTADO MODERNO E GOVERNANÇA TRANSNACIONAL – ALÉM DA ANTINOMIA

Abordagens mais contemporâneas de constitucionalismo transnacional e governança partem, explícita ou implicitamente, do pressuposto de que o enfraquecimento do Estado nacional pode ser observado e que esse fato seria a razão primária da urgência de um constitucionalismo além Estado-nação. Todavia, esse ponto de vista reflete, de várias maneiras, uma compreensão bruta e simplificada da evolução e da conjectura do Estado moderno e da estatalidade. Sob uma ótica puramente numérica, a quantidade de Estados modernos continuou a expandir rapidamente nos últimos dois séculos e, especialmente, nos últimos cinquenta anos. Em meados do século XIX, somente um pequeno segmento do globo encontrava-se sujeito à instituição do Estado moderno e apenas após os processos de descolonização, que ocorreram na metade do século XX, é que a estatalidade conquistou um *status* global. Dessa maneira, quando observamos por meio de uma perspectiva histórica em longo prazo, fica clara uma expansão quantitativa sem precedentes da instituição do Estado moderno. E, qualitativamente, a soberania estatal também continuou se expandindo. Se um “Estado

3 G. Harste, *The Democratic Surplus that Constitutionalized the European Union – Establishing Democratic Governance through Intermediate Institutions*, em E. Hartmann e P. F. Kjaer (Ed.), *The Evolution of Intermediary Institutions in Europe. From Corporatism to Governance* (Palgrave Macmillan, Londres, 2015. p. 190-215).

forte” for categorizado como forma de soberania baseada na distinção, tanto formal quanto em termos de prática social, entre o Estado e outros segmentos da sociedade, uma estrutura institucional relativamente estável e uma extensa – mas não necessariamente exclusiva – capacidade de implementar o poder político de forma generalizada e inclusiva, será possível argumentar que, atualmente, grande parte do planeta é caracterizada pela atuação de Estados fortes quando comparada a qualquer período histórico anterior⁴.

Além disso, uma visão histórica revela que Estados modernos e formas extensivas de ordenamento transnacional emergiram de mãos dadas e que essas duas formas de ordenamento são, de fato, mutuamente constitutivas. Da Inglaterra e Holanda – os dois primeiros Estados modernos – até os Estados Unidos da América atual, todos os Estados maduros foram conectados estruturalmente a formas muito elaboradas de ordenamento transnacional, seja por meio do colonialismo ou, no caso dos dias de hoje, através de sua integração a densas e crescentes redes de governança transnacional⁵. Os processos de descolonização da metade do século XX, entretanto, desencadearam transformações fundamentais no ordenamento transnacional, caracterizadas pela expansão exponencial de entidades transnacionais públicas e privadas. Essa expansão se deu por meio de um processo contratado. A primeira organização internacional pública, a *Commission Centrale pour la Navigation du Rhin*, foi estabelecida em 1831 e seguida pela *International Telegraph Union* (atualmente, *Universal Postal Union*) em 1874⁶. Uma tendência semelhante pode ser vista em relação às organizações internacionais privadas. O movimento internacional da Cruz Vermelha estabeleceu-se em 1863, e a primeira organização privada de propriedade intelectual, a *Associação Littéraire et Artistique Internationale*, em 1878. A partir desse lento começo, o número de sítios de ordenamento transnacional, principalmente nos últimos 60 (sessenta) anos, foi rapidamente transformado pelo estabelecimento de organizações públicas funcionalmente delineadas, tais como a GATT [atualmente, Organização Mundial do Comércio (OMC)], o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial, a Organização Mundial de Saúde e as organizações público-privadas, como a Organização Internacional de Normalização (ISO) e a Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números (ICANN), assim como um vasto número de organizações puramente privadas

-
- 4 P. F. Kjaer, *Constitutionalism in the Global Realm: A Sociological Approach* (Routledge, Londres, 2014, p. 23). Em relação à expansão qualitativa do Estado moderno, é possível acrescentar que a capacidade de os Estados conseguirem se envolver em microgestão, moldagem e regulação de processos sociais até os mínimos detalhes teve um aumento significativo nas últimas décadas. Para obter mais informações, consultar: G. Thompson, *The Constitutionalisation of Everyday Life?*, em E. Hartmann e P. F. Kjaer (Ed.), *The Evolution of Intermediary Institutions in Europe: From Corporatism to Governance* (Palgrave Macmillan, Londres, 2015, p. 177-197).
 - 5 M. Koskeniemi, *Empire and International Law: The Real Spanish Contribution*, 2011, *University of Toronto Law Journal* (p. 1-36).
 - 6 C. Walter, *Constitutionalizing (Inter)national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law*, 2011, 44, *German Yearbook of International Law*, 176.

na forma de associações mercantis e outros tipos de organizações não governamentais. É importante destacar que existem, hoje, aproximadamente 68.000 (sessenta e oito mil) organizações públicas e privadas⁷.

O entendimento crucial aqui não é apenas que a expansão tanto da estatalidade moderna quanto de sítios de ordenamento transnacional resultou de um processo prolongado, mas que se desdobrou simultaneamente, indicando, desse modo, que essas duas formas de ordenamento social estão estruturalmente conectadas. Um movimento dual pode ser observado por meio de um paralelo entre a expansão gradual e a globalização dos Estados modernos e a conversão de formas de ordenamento transnacional afastadas de formas coloniais e sua substituição pelo quadro contemporâneo de governança global⁸. Como resultado, o debate vibrante sobre governança global e multinível⁹ precisa ser visto, por um ponto de vista histórico, como intrinsecamente ligado a versões antigas do ordenamento transnacional colonial. Da mesma maneira que o Estado cresceu e se desenvolveu a partir de um ordenamento feudal precedente¹⁰, as estruturas contemporâneas da governança global nasceram da forma do ordenamento transnacional colonial. Mas, ao mesmo tempo, a orientação normativa tanto do Estado moderno quanto da governança transnacional atual permanece fundamentalmente diversa dos norteadores do tipo de ordenamento do qual eles emergiram¹¹.

II – FACTUALIDADE, NORMATIVIDADE E TELEOLOGIA

Pode-se argumentar que a distinção constitutiva dos fenômenos sociais, incluindo os relacionados à soberania moderna e à governança transnacional, seria a duplicação da realidade entre facticidade e normatividade¹². A distinção entre a ordem fática existente e o ideal reproduzido internamente, igualmente real, a respeito de como a ordem em questão deveria se parecer deve, portanto, ser considerada a força central comandante da evolução social¹³. Como todos os fenômenos sociais são baseados em processos, essa distinção tem, dessa ma-

7 The Yearbook of International Organizations. Disponível em: <<http://www.uia.org/yearbook>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

8 O desenvolvimento de tal movimento dual, entretanto, não significa que profundos conflitos não possam se dar – e se dão – entre as formas transnacionais e nacionais de ordenamento, como, por exemplo, no caso relacionado ao impasse entre a Argentina e o FMI, na virada do milênio e nos conflitos contínuos entre a Grécia e instituições outrora conhecidas como *Troika* (União Europeia, Banco Central Europeu e FMI).

9 Sobre tal literatura em constante expansão, consultar: H. Enderlein, S. Walti e M. Zürn (Ed.), *Handbook on Multi-level Governance* (Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2011).

10 N. Elias, *Über den Prozeß der Zivilisation, Band 2* (Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1976).

11 P. F. Kjaer, *Constitutionalism in the Global Realm: A Sociological Approach* (Routledge, Londres, 2014. f. 31).

12 N. Luhmann, Quod Omnes Tangit: Remarks on Jürgen Habermas's Legal Theory (1996), 17, *Cardozo Law Review*, 883.

13 H. Brunkhorst, *Critical Theory of Legal Revolutions. Evolutionary Perspectives* (Bloomsbury, Londres, 2014. f. 33).

neira, natureza dinâmica. As visões normativas não se prendem ao tempo, mas também mudam ao longo do tempo, embora tendam a mudar em ritmo mais lento do que o desenrolar das operações sociais em uma dada ordem.

O grau de dinamismo varia de ordem social para ordem social. A emergência e a expansão gradual de estruturas especificamente modernas têm, contudo, implicado um aumento geral da temporalização, reforçando, assim, a ideia de que as expectativas existentes em determinados momentos se constroem sobre a base da distinção entre passado e futuro¹⁴. Neste contexto, as teleologias internas aparecem no sentido de que princípios regulatórios de seleção emergem ligados a uma visão normativa contrafática de uma derradeira meta, cujo propósito consiste em estabilizar a estrutura ao longo do tempo. Por exemplo, um Estado como a França, “*La Grande Nation*”, é construído em torno da narrativa que aponta para o futuro, com base no passado, no sentido de que o autoentendimento do Estado francês está intimamente ligado à busca contínua pela concretização dos ideais da Revolução Francesa em uma escala global. A República Federal alemã, igualmente fundada sobre a base de um imperativo *Westbindung*, a (re)integração da Alemanha na comunidade de Estados ocidentais, sobre a base de uma narrativa que teve em seu núcleo a ideia de evitar uma futura repetição de sua história recente¹⁵. As duas narrativas tornaram-se desgastadas nos últimos anos, desde a queda do Muro de Berlim. Mas lógicas semelhantes podem ser encontradas em outros lugares. A União Europeia, apesar da contínua resistência de seu ambiente social à inclusão de seus Estados-membros, reproduz a si mesma pautada na lógica de uma “união mais próxima possível”, consequentemente realizando crescente integração em um fim em si mesmo¹⁶. Regimes transnacionais globais também se apoiam nessas teleologias. Por exemplo, a Igreja Católica, a primeira organização moderna de operação global, é impulsionada por um objetivo contrafactual de transformar toda a população mundial em membros praticantes da Igreja. O regime de comércio mundial pode ser concebido como suportado por uma autocompreensão contrafactualmente orientada para uma abolição generalizada das barreiras comerciais. De modo semelhante, o ainda emergente regime global de direitos humanos poderia ser visto como tendo não só o princípio, mas também o estabelecimento fático de um espaço legal que inclui o mundo em sua totalidade como objetivo final.

14 R. Koselleck, *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten* (Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1989. fl. 321).

15 J. Habermas, “Geschichtsbewußtsein und posttraditionale Identität. Die Westorientierung der Bundesrepublik”, em J. Habermas, *Eine Art Schadensabwicklung. Kleine politische Schriften IV* (Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987. fls. 159-179).

16 P. F. Kjaer, *Between Governing and Governance: On the Emergence, Form and Function of Europe's Post-National Constellation* (Hart Publishing Oxford, 2010. p. 31).

Como indicado, a institucionalização teleológica dos objetivos contra-factuais normativos apontando para o futuro emerge como forma de estabilizar as ordens sociais baseadas em processos e, portanto, com um fluxo constante. Mas as ordens sociais também são caracterizadas por uma indeterminação fundamental, dado que há sempre mais de um possível caminho para o futuro. Todas as ordens sociais, ainda que em graus variados, são autônomas, no sentido de poderem escolher entre duas ou mais opções quando confrontadas com o futuro. Uma consequência disso é que elas são confrontadas com uma demanda de seus ambientes sociais para justificar o motivo de um caminho ser escolhido e outros não. As teleologias, portanto, têm um propósito explícito de justificação. As teleologias de ordens sociais não são estabelecidas por natureza ou, de qualquer outra forma, escritas em pedra como é frequentemente assumido nos primórdios da filosofia moderna. No nível semântico, as justificações tendem a emergir, defendendo que forças superiores estão por trás de tais teleologias, mas, de uma perspectiva prática, elas permanecem temporais e contingentes. Ou, mais precisamente, contingentes, por serem temporais e, portanto, tornando-as o resultado de tentativas intencionais de construção social, ao mesmo tempo em que seu grau de sucesso permanece sujeito a acontecimentos evolutivos imprevisíveis¹⁷.

De uma perspectiva sociológica, as teleologias também podem ser entendidas como “programas hegemônicos” voltados para reduzir contingências, no sentido de que são molduras caracterizadas por um nível maior de estabilidade ao longo do tempo do que os processos sociais aos quais são dirigidos. Elas buscam estabelecer um sentido de coerência geral por meio de narrativas com importantes implicações normativas. Enquanto a alterabilidade é entendida com frequência como uma característica essencial do mundo normativo, no sentido de que existe a possibilidade de se pensar ou imaginar um mundo diferente, as teleologias funcionam, ao invés, como formas pelas quais as variedades de seleções são reduzidas de forma que as “linguagens alternativas” estão sendo consistentemente marginalizadas. Um posicionamento normativo não só implica uma busca por alterabilidade, mas também, e igualmente, uma condensação, estabelecida por meio da reiteração, de uma visão de mundo já estabelecida¹⁸.

III – A FORMA NACIONAL E TRANSNACIONAL DE POLÍTICA

As duas seções anteriores destacam a constituição mútua e simultânea das formas de ordenamento nacional e transnacional e seu alicerce básico compartilhado como derivado da distinção entre a factualidade e a normatividade¹⁹.

17 H. Brunkhorst, *Critical Theory of Legal Revolutions. Evolutionary Perspectives* (Bloomsbury, Londres, 2014).

18 P. F. Kjaer, *Systems in Context: On the Outcome of the Habermas/Luhmann-debate* (2006), Sep., *Ancilla Iuris*, 70.

19 Sobre esse aspecto é possível acrescentar, em uma espécie de terceira dimensão, que tanto as formas nacionais e transnacionais de ordenamento se apoiam em uma organização formal como formato organizacional básico. Explorar essa dimensão, entretanto, vai além do escopo do presente artigo.

Essa base comum, contudo, não implica que os dois tipos de ordenamentos sociais comentados possam ser entendidos como mutuamente substituíveis. Ambos possuem, tanto funcionalmente quanto normativamente, uma orientação substancialmente diferente. O objetivo central dos Estados-nação consiste em delinear e condensar um espaço social tipicamente político. A história do Estado moderno é uma larga extensão da história de todo um século e de um prolongado processo de construção da sociedade por meio da construção de espaços sociais singulares²⁰. Processos esses que, como no exemplo descrito por Foucault, implicaram o desenvolvimento de toda uma linha de ferramentas governamentais disciplinares desde contagens populacionais e registros fiscais até linguagens unificadas e história nacional²¹. Por outro lado, a orientação central dos ordenamentos transnacionais desde o colonialismo remoto até a governança transnacional contemporânea tem facilitado a transferência de componentes sociais compactados, tais como decisões políticas, julgamentos legais, conhecimento científico, crenças religiosas ou produtos da economia e capital, a partir de um contexto social para outro²². A principal preocupação da governança transnacional, pelo exemplo sintetizado no mercado interno da UE, constitui em reduzir os atritos de transferência por meio da redução de barreiras do intercâmbio social²³. Assim, a função central e principal dos Estados modernos e da governança transnacional difere fundamentalmente.

Em termos de prática social, a recalibração do transnacional desde o colonialismo até os regimes de governança pressupõe uma mudança para o sistema de gerencialismo²⁴. Tal alteração também pode ser entendida como uma modificação a partir da forma normativa para a forma cognitiva de expectativas em que expectativas normativas podem ser entendidas como expectativas confirmadas em caso de não realização e expectativas cognitivas como formas que são alteradas em caso de não realização²⁵. É nessa mudança descrita que a emergência de novos tipos de leis e políticas transnacionais fica clara e urgente.

20 P. F. Kjaer, "Context Construction through Competition: The Prerogative of Public Power, Intermediary Institutions and the Expansion of Statehood through Competition", forthcoming. *Distinktion: Scandinavian Journal of Social Theory*.

21 M. Foucault, *Il faut défendre la Codiété. Cours au Collège de France, 1975-76* (Gallimard, Paris, 2007).

22 Para o conceito de transferência, consultar: R. Stichweh, *Transfer in Sozialsystemen: Theoretische Überlegungen*, 2005, Paper 12. Disponível em: <http://www.unilu.ch/deu/prof_dr_rudolf_stichwehpublikationen_38043.html>.

23 No caso da moderna estatalidade, tais contextos tendem a ser nacionais. Porém, em grande parte do globo em que Estados modernos ainda não se concretizaram, ou se concretizaram parcialmente, também se observa a transferência e a incorporação a tipos de ordenamentos sociais que operam "abaixo" da organização formal estatal, na forma de comunidades indígenas, em sistemas familiares quase feudais. Consultar também: M. Amstutz, "Métissage. Zur Rechtsform in der Weltgesellschaft", em A. Fischer-Lescano, F. Rödl e C. U. Schmid (Ed.), *Europäische Gesellschaftsverfassung. Zur Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa* (Nomos Verlag, Baden-Baden, 2009. p. 333-51).

24 M. Koskeniemi, "Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education", 2007, 1, *European Journal of Legal Studies*, 1-18.

25 N. Luhmann, "Die Weltgesellschaft", *Soziologische Aufklärung 2. Aufsätze zu Theorie der Gesellschaft* (Westdeutsche Verlag, Opladen, [1975] 2009. p. 51-71).

Para o político, três dimensões podem ser brevemente destacadas e serão apresentadas a seguir.

NAÇÕES E STAKEHOLDERS

A nação é o suporte central do sistema político dos Estados modernos, no sentido de que ela é o objeto de acordo com o qual o sistema político se orienta. Como já ressaltado por Rousseau, a nação não pode, contudo, ser vista como a simples soma de vontades individuais de um determinado número de pessoas²⁶. Ademais, como defendido por Foucault, a nação não é o sujeito que constitui o Estado. Inversamente, a nação é um objeto construído pelo Estado²⁷. Em concreto, a nação consiste em uma construção generalizada e, portanto, abstrata a qual foi desenvolvida e estabelecida pelos Estados e que atende a três propósitos interconectados²⁸:

Primeiro, o conceito de nação é implantado por sistemas políticos na forma de Estado, a fim de delinear o alcance de seu poder e, assim, o segmento do mundo no qual reivindicam sua supremacia. O mecanismo de inclusão/exclusão que define o pertencimento a uma nação pode ter três formas: demarcações territoriais, nacionalidade ou critérios culturais relacionados à língua, à etnia e à religião.

Segundo, a nação é usada como a forma pela qual os sistemas políticos nos Estados transferem seu poder para outras partes da sociedade, enquanto que, ao mesmo tempo, permite a extração de recursos de outros segmentos da sociedade. A construção deliberada de, por exemplo, mitos de origem e linguagens “purificadas” e a reivindicação por solidariedade dentro de uma nação são implantadas com o objetivo de reforçar a aceitação e, dessa forma, reforçar também o nível de conformidade com o vínculo coletivo de decisões produzidas por sistemas políticos inseridos na forma de Estado²⁹. Em outras palavras, é a codificação instrumental e a sistematização de padrões socioculturais e modelos de vida preexistentes pelo Estado moderno que propicia uma fonte de legitimidade. Fonte essa particularmente relevante na obtenção e transposição de recursos como, por exemplo, na forma de recrutamento militar e recolhimento de taxas do restante da sociedade para o Estado.

Terceiro, a nação é uma forma conceitual pela qual a complexidade social é reduzida e a reflexividade do Estado é ampliada ao mesmo tempo, no

26 J. J. Rousseau, *Du Contract Social ou Principes du Droit Politique* (Hachette Littératures, Paris, [1762] 2005).

27 M. Foucault, *Il faut défendre la Société. Cours au Collège de France, 1975-76* (Gallimard, Paris, 2007. 21 f.).

28 É. Balibar, *Nous, citoyens d'Europe? Les frontières, l'État, le peuple* (La Découverte, Paris, 2001. 31 f.); D. Richter, *Nation als Form* (Springer Verlag, Wiesbaden, 1996. 72 f.).

29 E. Cassirer, *The Myth of the State* (Yale University Press, New haven, CT, [1946] 1977).

sentido de que o conceito é implantado para delinear a parte do mundo a qual o sistema político na forma de Estado-nação toma em consideração na tomada de decisões. O Congresso dos Estados Unidos, por exemplo, só é obrigado a levar em conta o impacto das suas decisões sobre a nação dos Estados Unidos, e não o impacto sobre as nações do Canadá e do México, apesar de o impacto fatural tender a ser significante tanto para canadenses quanto para mexicanos.

A função de delinear um segmento específico do mundo está intimamente associada ao conceito de democracia. Por sua vez, democracia pode ser entendida como um modo específico pelo qual o sistema político observa os segmentos da sociedade que lhe são externos de forma reflexiva. Tal forma é caracterizada pela dualidade entre estabilidade e mudança. Apesar do conceito de nação como unidade singular, a nação é definida como uma entidade relativamente estável, ao mesmo tempo em que “a natureza das pessoas”, em termos de preferências, interesses e normas, é dinâmica, permitindo, dessa maneira, que o sistema político aumente o seu nível de reflexividade e, assim, sua capacidade de adaptação no momento das mudanças no contexto de seu ambiente. Logo, a especificidade da democracia, quando comparada a outras formas de governo, como feudalismo e totalitarismo, é que na estrutura de nação ela permanece aberta para o futuro, no sentido de que não há prescrição para aquilo considerado como problema politicamente relevante ou a maneira como ele deve ser tratado³⁰. Nesse sentido específico, a democracia é caracterizada por um alto nível de adaptabilidade e, provavelmente, essa é a razão pela qual ela tem sido comprovada como “evolutiveamente superior” quando comparada a outras formas de ordenamento político que já existiram até o momento. Ou, expressando de outro modo, o sucesso da democracia, como uma expansão gradual dos Estados Democráticos (legitimados na democracia) pelo globo nos últimos duzentos anos, demonstra sua intrínseca relação com a sua função como instrumento de aumento da sua reflexividade.

Em contraste ao nível nacional, o nível transnacional constitui-se em esforços provisórios de democratizar a EU à parte, não caracterizada pela democracia. Internamente, nenhuma organização transnacional se baseia em uma “hierarquia com pico dividido”, na forma de distinção de governo/oposição, tanto que não se envolve externamente no sufrágio universal. A razão dessa abstenção pode ser remetida à abstenção em delinear políticas territoriais no nível transnacional. A delineação funcional característica de organizações e regimes transnacionais fornece uma configuração estrutural que implica uma incerteza sistemática à tomada de decisão coletiva e quais estruturas transnacionais devem se orientar por si mesmas. Enquanto teorias normativas de justiça tendem

30 M. Foucault, *Il faut défendre la Société. Cours au Collège de France, 1975-76* (Gallimard, Paris, 2007. 24 f.); N. Luhmann, “Die Zukunft der Demokratie”, *Soziologische Aufklärung, Band 4. Beiträge zur Funktionalen Differenzierung der Gesellschaft* (Westdeutscher Verlag, Opladen, 1994. p. 131-38).

a argumentar que aqueles afetados pelas decisões devem ter opinião sobre elas, a realidade é que, no nível transnacional, é extremamente difícil estabelecer quem realmente é afetado. Todavia, quando comparado com Estados-nação, fica ainda mais incerto precisar qual segmento de suas estruturas transnacionais deve ser observado, a fim de adaptar reflexivamente as mudanças aos seus ambientes.

É neste contexto que o conceito de *stakeholder* (parte interessada) emergiu como categoria institucional e semântica central. Tanto organizações transnacionais públicas quanto privadas engajam-se continuamente em esforços sustentáveis para definir o grupo de *stakeholders* com os quais se envolverão e desenvolverão plataformas para a estabilização de expectativas *vis-à-vis*. Na prática, o conceito de *stakeholder* atua como um substituto ao conceito de nação para regimes de governança transnacional. Os *stakeholders* podem ser definidos como um conjunto institucionalizado de “atores” que recebem o *status* de “partes afetadas” e, assim, adquirem o direito de “alimentar” os processos de decisão e, ao mesmo tempo, também constituem os destinatários de tais decisões. Portanto, o *status* de parte interessada serve como forma pela qual a entidade em questão delineia a seção de seu contexto social que considera relevante. É a forma pela qual ele transmite os componentes sociais que produz ao mesmo tempo em que serve como estrutura por meio da qual as mudanças no ambiente social podem ser observadas, proporcionando, portanto, uma base para uma maior adaptabilidade através de maior reflexividade.

O conceito de nação é um conceito profundamente normativo, expressando uma ideia de unidade substancial que, apesar de nações a partir de uma perspectiva histórica e factual raramente terem sido particularmente estáveis em termos de sua extensão e composição, é confirmada por meio do tempo. Em contrapartida, o conceito de *stakeholders* é um conceito fortemente cognitivo. Tal afirmação torna-se mais claramente visível em relação à composição dinâmica das estruturas dos *stakeholders*, que é caracterizada por um alto nível de intercambialidade, posto que a composição do grupo de *stakeholders* pode ser mudada quando a constelação de problemas com os quais a entidade em questão tem de lidar se modifica. Logo, a dinâmica de inclusão e exclusão opera muito mais rápido em relação às estruturas dos *stakeholders*, tornando, dessa maneira, as fronteiras dos regimes dos *stakeholders* muito mais contingentes e fluidas. Tal fato tende tornar as estruturas dos *stakeholders* mais adaptáveis do que a forma de nação e, assim, potencialmente ainda mais “evolutivamente superiores” do que as estruturas democráticas. Por outro lado, e tendo em mente que a produção de significado social (Sinn) depende, em grande parte, da reiteiração³¹, o preço pago por essa fluidez pode ser uma “perda de profundidade”.

31 P. F. Kjaer, “Systems in Context: On the Outcome of the Habermas/Luhmann-debate” (2006), Sep., *Ancilla Iuris*, 70.

O impacto que pode ser alcançado por meio da forma de *stakeholder* pode, assim, acabar sendo relativamente limitado.

ESFERA PÚBLICA E TRANSPARÊNCIA

Originalmente datado do século XVII, o conceito de esfera pública, entendido como uma estrutura intermediária em que visões normativas são desenvolvidas e, subsequentemente, transpostas para dentro do sistema político e, por conseguinte, do local em que a formação das vontades da nação vai sendo elaborada, ganhou relevância distinta para teoria e prática democráticas nas décadas posteriores à reconstrução de Habermas no início dos anos sessenta³². Como resultado de Habermas, uma série de perspectivas emergiram cada qual com diferentes aspectos enfatizados. Bo Strâth e Hagen Schultz-Forberg fazem distinção entre recém-moderno, pós-moderno e perspectiva relacional³³. A primeira, construída diretamente por influência do trabalho de Habermas, enfatiza um conceito unitário no qual uma esfera pública singular atua como mediadora entre um sistema político institucionalizado na forma de Estado-nação e o resto da sociedade. A abordagem pós-moderna, associada ao trabalho de Nancy Fraser, por outro lado, enfatiza a pluralidade de cenários discursivos que operam de forma paralela e que servem de base para o desenvolvimento de contradiscursos, desafiando as narrativas hegemônicas das estruturas institucionalizadas de poder³⁴. Já a abordagem relacional, em contraste, utiliza o conceito de esfera pública como um conceito de guarda-chuva que enfatiza a práxis social de articulação de valores, normas e códigos simbólicos em meios sociais caracterizados por interações complexas baseadas em rede entre indivíduos, grupos e instituições formais. Assim, a abordagem relacional está enfraquecendo o vínculo com as configurações institucionais de Estado-nação e enxerga a esfera pública como um fenômeno que tende a surgir em uma ampla variedade de contextos³⁵. Enquanto a abordagem recém-moderna enfatiza o diálogo e a possibilidade de um consenso racional e a pós-moderna enfatiza a possibilidade de um desenvolvimento de visões alternativas, mais confrontadoras, capazes de desafiar a existência das estruturas hegemônicas existentes, a abordagem relacional tende a ser mais aberta em relação à orientação normativa exata da práxis comunicativa.

Quando desenvolvimentos factuais são observados, a esfera pública aparenta ser uma instituição cada vez mais marginalizada. O sistema de mídia de

32 J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft* (Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, [1962] 1990).

33 H. Schultz-Forberg e B. Strâth, *The Political History of European Integration: The Hypocrisy of Democracy-Through-Market* (Routledge, London, 2010. 88 f.).

34 N. Fraser, "Rethinking the Public Sphere. A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy", em C. Calhoun, *Habermas and the Public Sphere* (MIT Press, Cambridge MA, 1992. p. 109-42).

35 M. R. Somers, "What's political or cultural about political culture and the public sphere? Toward a historical sociology of concept formation", (1995), 13, *Sociological Theory*, 113-44.

massa tem tomado e monopolizado cada vez mais as funções da esfera pública cívica³⁶, assim como o conceito de opinião pública, entendido como um instrumento formalizado, que é implantado pelos Estados e por outros centros de poder a fim de medir interesses e preferências cognitivamente, que ganhou centralidade³⁷. A tendência de marginalização da esfera pública, que pode ser observada nos contextos de Estados-nação, está sendo ainda mais exacerbada pelo crescimento do fenômeno da europeização e da globalização. Para partidários e defensores do conceito orientado a normas, a questão central atual é, portanto, saber se a abordagem pode ser ou já foi transposta para os parâmetros europeu e globais³⁸. Além disso, esse esforço tem sido apoiado por análises descritivas do surgimento provisório de uma esfera pública global³⁹.

Entretanto, as tentativas acadêmicas de transnacionalizar o conceito de esfera pública são realizadas com base no pressuposto de que a função normativa fundamental da esfera pública permanece inalterada. Também no âmbito transnacional, a esfera pública é considerada uma instituição social que permite a formulação de visões normativas e a transposição subsequente dessas visões para entidades políticas. Logo, as tentativas de transpor o conceito para o domínio transnacional tendem a subestimar as diferenças estruturais entre contextos de delineamento territorial nacional e transnacional. Porém, conforme já indicado quando da conceituação de *stakeholders*, o problema em se definir o “público”, em termos de segmento do ambiente social que pode ser considerado componente relevante dos processos de formação de vontades, todavia, tende a ser sistematicamente incerto dentro dos segmentos transnacionais da sociedade mundial. Como reação a esse déficit estrutural é possível observar que os regimes transnacionais se baseiam, cada vez mais, em um conceito menos exigente em termos normativos, especificamente o conceito de transparência. Nas últimas décadas, os conceitos de transparência e de compromissos claros com a transparência tornaram-se parte da estrutura padrão das empresas multinacionais, das organizações internacionais públicas e privadas e de outros órgãos transnacionais. O referido conceito implica que essas entidades, baseadas em processos autorreflexivos, desenvolvam políticas e princípios de transparência que visem aumentar sua capacidade de observação por outras estruturas pela divulgação de intenções, atos e assuntos de Estado. Exemplos cruciais disso incluem as regras que orientam ou determinam o acesso a documentos dentro de

36 J. Habermas, *Ach, Europa* (Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 2008. 131 f.).

37 N. Luhmann, “Die Beobachtung der Beobachter im politischen System: Zur Theorie der Öffentlichen Meinung”, em J. Wilkie (Ed.), *Öffentliche Meinung, Theorie, Methoden, Befunde. Beiträge zu Ehren von Elisabeth Noelle-Neumann* (Verlag Karl Alber, Freiburg, 1992. p. 77-86).

38 H. Kaelble, “The Historical Rise of European Public Sphere?” (2002), 8, *Journal of European Integration History*, 9-22; H. J. Trenz e K. Eder, “The Democratizing dynamics of European Public Sphere. Towards a Theory of Democratic Functionalism” (2005), 7, *European Journal of Social Theory*, 5-25.

39 R. Stichweh, “Die Entstehung einer Weltöffentlichkeit”, em H. Kaelble, M. Kirsch e A. Schmidt-Gernig (Ed.), *Transnationale Öffentlichkeiten und Identitäten im 20. Jahrhundert* (Campus Verlag, Frankfurt am Main, 2002. p. 57-66).

organizações públicas internacionais⁴⁰, o desenvolvimento de registros públicos para lobistas e suas atividades⁴¹ e os passos dados, a fim de se criar um regime global de padrões contábeis e financeiros⁴². Em oposição ao objetivo primordial de uma formação de vontade comum associada à ideia de esfera pública, o conceito de transparência não tem como meta, em um primeiro momento, elaborar normas positivas em consonância. Em vez disso, a noção de observabilidade é essencial à natureza cognitiva. Estratégias de transparência permitem às entidades sociais observar os desenvolvimentos dentro de outras entidades sociais para se adaptarem de acordo sem precisarem se envolver necessariamente na exigente tarefa de formação de vontades comuns.

REPRESENTAÇÃO E AUTORREPRESENTAÇÃO

Outro conceito central da teoria política-liberal, em particular, que continua a dominar o cenário do ordenamento político é o conceito de representação. Servindo como concretização do conceito de nação, complementar ao de esfera pública, a representação estabelece um ciclo-reflexivo formalizado, na forma de cadeia de legitimidade, entre o sistema político e o restante da sociedade. Os sistemas modernos políticos distinguem-se das formas transcendentais de representação pré-modernas, como, por exemplo, a advogada pela Igreja de Roma, em que a noção de representação é, ao contrário, relacionada à instituição de uma entidade holística. As formas modernas de representação, todavia, desdobram-se dentro da tensão entre a representação formal-legal, que busca retratar a área populacional ou geográfica em que a população habita com base em critérios generalizados e a representação substancial, que visa alcançar a maior consonância possível entre a população e seus representantes eleitos, embasada em critérios, como linguagem, etnia, sexo, classe social, nível educacional e religião.

Dentro da filosofia continental, em especial, a noção liberal de representação foi desconstruída há muito tempo com base na visão de que uma causalidade de um-para-um entre representados e representantes é impossível de ser alcançada. Ao contrário, a representação é concebida como mera figura simbólica⁴³. Essa visão remete à ideia de que a representação serve como forma por meio da qual o sistema político, a nível interno, estabelece uma cópia ou uma imagem refletida do resto da sociedade que é concretizada por uma estru-

40 R. Nickel, "Participatory Transnational Governance", em C. Joerges e E. U. Petersmann (Ed.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation* (Hart Publishing, Oxford, 2010. p. 209-50).

41 L. Jellum, "Lessons to be Learned: Public Participation and Transparency in Norm Creation within the European Union and United States" (2011), nº 562, *FSU College of Law, Public Law Research Paper*.

42 M. Renner, *Zwingendes transnationales Recht. Zur Struktur der Wirtschaftsverfassung jenseits des Staates* (Nomos Verlag, Baden-Baden, 2011).

43 H. Brunkhorst, "Constitutionalism and Democracy in the World Society", em P. Dobner e M. Loughlin (Ed.), *The Twilight of Constitutionalism?* (Oxford University Press, Oxford, 2010. p. 179-198).

tura formal-legal. Assim, a perspectiva liberal clássica do Estado e da sociedade foi radicalmente alterada. Ao invés de uma perspectiva *outside-in*, na qual o foco principal está na transposição de preferências sociais da sociedade e para o Estado, a perspectiva *inside-out* destaca que o retrato do resto da sociedade dentro do Estado aumenta, de fato, a reflexividade do Estado, mas que esse processo é desdobrado com base em uma infraestrutura e em critérios internos do Estado. Essa tensão entre perspectivas internas e externas pode, entretanto, ser amenizada por meio de uma perspectiva dialética no que tange à tensão entre as dimensões interna e externa e a possibilidade de alcançar uma estabilização de expectativas por meio de processos de aprendizagem que se desdobram por períodos de tempo mais longos⁴⁴.

A forma central de representação, mas não a única, em sua forma moderna é o sufrágio universal por meio de eleições. Como tal, a forma moderna de representação é intrinsecamente vinculada aos conceitos de nação e de territorialidade. As organizações transnacionais são, contudo, estruturalmente impedidas de contar com esses conceitos, trazendo, assim, a questão de como são construídas as imagens internas de seus ambientes como ponto central. Na busca por um substituto, as entidades que operam no espaço transnacional foram forçadas a desenvolver estratégias de autorrepresentação baseadas em racionalidade dramatúrgica (usando um termo habermasiano). Conforme reconstruído por Martin Herberg em relação a medidas de proteção ambiental de empresas multinacionais⁴⁵, as estruturas transnacionais representam-se na direção de seus ambientes sociais de maneira peculiar. Estruturas semelhantes podem ser vistas nas organizações públicas internas. Uma característica comum das organizações transnacionais privadas e públicas é que ambas desenvolvem programas de política e estabelecem metas para sua realização, assim como desenvolvem cartas éticas e instrumentos de responsabilização pelos quais o desempenho de suas atividades pode ser observado e avaliado⁴⁶. Logo, em oposição ao conceito “passivo” de transparência, o conceito de autorrepresentação implica uma abordagem “ativista”. As entidades públicas e privadas do ordenamento transnacional declaram publicamente suas intenções. Com esses atos conscientes, essas entidades se apresentam ao mundo de uma maneira que visa a coconstrução ativa das expectativas do resto do mundo cara a cara com essas entidades. Mas, ao mesmo tempo, esses atos tendem a se tornar autovinculados,

44 K. Eder, *Geschichte als Lernprozess? Zur Pathogenese politischer Modernität in Deutschland* (Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1992); J. Habermas, “Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?” (2001) 29, *Political Theory*, 766-81.

45 M. Herberg, *Globalisierung und private Selbstregulierung. Umweltschutz in multinationalen Unternehmen* (Campus Verlag, Frankfurt am Main, 2007); M. Herberg, “Global Legal Pluralism and Interlegality: Environmental Self-Regulation in Multinational Enterprises as Global Law-Making”, em O. Dilling, M. Herberg e G. Winter (Ed.), *Responsible Business, Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions* (Hart Publishing, Oxford, 2008. p. 17-40).

46 Ver, por exemplo, a Carta de Responsabilidade das Organizações Não Governamentais Internacionais. Disponível em: <http://www.realizingrights.org/pdf/INGO_Accountability_Charter.pdf>.

na medida em que seus não cumprimentos repetitivos resultem na erosão de sua credibilidade. Dessa forma, atos de autorrepresentação são atos ilocutórios e estruturalmente ligados a uma intenção de real concretização⁴⁷.

Intimamente relacionado ao conceito de representação, o conceito de delegação exerce um papel importante na organização institucional dos Estados, bem como na sua interação com a camada transnacional, por meio da delegação de competências a organizações internacionais. Entretanto, uma delegação sempre significa mais do que delegar. Cada delegação de competências legais implica um reconhecimento categórico da autonomia das estruturas às quais as competências são delegadas. Estruturas que operam baseadas na delegação tendem a exercer poderes discricionários significantes e a enquadrar áreas da política de forma a produzir um número limitado de opções para o desenvolvimento de políticas adicionais. Elas também tendem a desenvolver normas específicas e se tornar atores políticos de pleno direito⁴⁸. A delegação de competências sempre implica um passo ao desconhecido e ao incontrollável. Assim, existe uma lacuna entre o que pode ser controlado por meio da delegação e as estruturas realmente em vigor. É essa lacuna que é preenchida pelo surgimento de diferentes formas de medidas de autorrepresentação.

IV – A EVOCAÇÃO À LEGITIMAÇÃO E SUA ESTRUTURAÇÃO PELA LEI

Na prática, a mudança em direção à autorrepresentação aponta para uma substituição da democracia pela legitimação⁴⁹. Uma forma de legitimação, ou justificação, que, ao contrário das ideias dominantes e gerais de democracia, baseia-se em um tipo específico de lógica *ex post* ao invés de *ex ante*, na qual as entidades sociais que produzem efeitos em outros segmentos do mundo são inextricavelmente ligadas a demandas subsequentes para a legitimação desses efeitos. Assim, o esforço no sentido de se estabelecer um modo reflexivo de autorrepresentação está intrinsecamente vinculado à estabilização da relação dialética entre as entidades que exercem o poder e aquelas submetidas às consequências desse poder institucionalizado, tal como a forma de *stakeholder*, que permite um desdobramento das estruturas específicas de legitimação.

Entretanto, tais justificações são sempre baseadas em processos. A ordem política produz um fluxo interminável de decisões e, em particular, definições institucionalizadas, tais como decisões construídas sobre decisões anteriores

47 Uma visão tipicamente associada ao trabalho de J. L. Austin e J. R. Searle, mas que foi originariamente desenvolvida por A. Reinach. Conferir *The Apriori Foundations of the Civil Law* (Offenbach: Ontos Verlag, [1913] 2013).

48 J. Cohen e C. F. Sabel, "Global Democracy?" (2005), 37, *New York University Journal of International Law and Politics*, 763-97.

49 J. Neyer, "Justice, Not Democracy: Legitimacy in the European Union" (2010), 48, *Journal of Common Market Studies*, 903-21; J. Neyer, *The Justification of Europe: A Political Theory of Supranational Integration* (Oxford University Press, Oxford, 2012).

que, na verdade, se afastam das próprias decisões anteriores⁵⁰. Isso é inevitável, na medida em que não tomar uma decisão também equivale a tomar uma decisão. Na prática, a distinção entre *ex post* e *ex ante* é dissipada por meio do recurso ao tempo, na medida em que procedimentos para reivindicação e justificativa da legitimidade são construídos dentro de estruturas legais, enquadrando o fluxo da decisão política à consequência de que a possibilidade de justificativas necessárias é reproduzida em cada ato. A perspectiva estática *ex post/ex ante*, portanto, está sendo substituída pela perspectiva de aprendizado contínuo e correção em que a legitimação ou a falta de legitimação esclarece a próxima decisão. É neste contexto que princípios normativos recebem o *status* de formas secundárias de ordenamento, na medida em que, tipicamente em um formato teologicamente institucionalizado, fornecem os princípios dos quais tanto a seleção de decisões quanto a forma de sua legitimação são derivadas. Mas, ao mesmo tempo, a concretização da perspectiva da legitimação no nível transnacional da sociedade mundial é principalmente materializada em questões bastante mundanas, mas, no entanto, fundamentais e centrais sobre a prática do direito administrativo e a possibilidade de revisão judicial⁵¹.

Isso significa que a infraestrutura legal por meio da qual os processos de tomada de decisões são enquadrados e estabilizados passa à frente, atingindo primeiro plano. A cognitivização de processos político-administrativos implica uma reconfiguração dos modos normativos de comunicação. Todavia, essa reconfiguração não significa a diminuição da centralidade dos modos normativos, mas, em vez disso, implica que ganham um papel estratégico mais indireto, proporcionando uma estabilização de segunda ordem de processos cada vez mais cognitivos. Conforme exemplificado pela teleologia de “união cada vez mais próxima” da UE, as perspectivas normativas tornam-se densificadas em princípios que servem como ferramentas de seleção entre várias opções para a tomada de decisão. Isso novamente implica que a lei, e não a política, se torna a rede central de perspectivas normativas estruturadas, estimulantes e protetoras em contextos transnacionais.

As principais características do direito transnacional podem ser descritas por conceitos como hibridismo, fragmentação, adaptação e aprendizado, bem como intercontextualidade⁵². Em relação ao último conceito, os processos transnacionais desdobram-se em um mundo heterárquico, que, necessitando de uma perspectiva coevolucionária capaz de destacar as interfaces e a fixação mútua dos diferentes ordenamentos políticos. A coevolução de diferentes ordenamentos políticos tende a ser condicionada pela existência de locais organizacionais situados no meio desses ordenamentos. No caso da UE, os comitês

50 N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*. 6. Auflage (Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag [1969] 2001).

51 Sobre esse assunto específico, consultar também a contribuição de Ester Herlin-Karnell.

52 P. K. Kjaer, *Constitutionalism in the Global Realm: A Sociological Approach* (Routledge, Londres, 2014, p. 65).

de Comitologia, por exemplo, servem como canais por meio dos quais ocorrem as transferências entre a UE e os ordenamentos legais dos Estados-membros⁵³. Eles são estruturas localizadas em uma “terra de ninguém” entre diferentes ordenamentos sociais legalmente condensados e que disponibilizam os recursos das administrações dos Estados-membros simultaneamente para o aparato da UE e os recursos da UE para as administrações dos Estados-membros, permitindo, desse modo, reforçar mutuamente os processos. A partir dessa perspectiva, um aprofundamento da integração europeia não deve ser entendido, portanto, como um jogo de soma zero que implica necessariamente um enfraquecimento dos Estados-membros. Pelo contrário, o estabelecimento de maior compatibilidade entre os ordenamentos legais de um Estado-membro por meio da estrutura da UE, assim como a compatibilidade com o próprio ordenamento legal da eu, fornece aos Estados-membros recursos e maior liberdade operacional que sustenta, ao invés de prejudicar, a evolução futura dos ordenamentos legais do Estado-membro⁵⁴.

Outra razão mais central para o alargamento do papel dos componentes cognitivos em relação aos componentes normativos, dentro dos processos transnacionais, é a função intercontextual dos processos transnacionais. A função constitutiva dos processos transnacionais é, como mencionado, a facilitação da transferência de componentes sociais de um contexto para outro. Esse foi o caso da colonização, bem como das estruturas regulatórias globais contemporâneas. Comum, por outro lado, de muitos processos diferentes, tais como regulação de risco dentro da OMC e da UE, o Método Aberto de Processos de Coordenação dentro da OCDE e da UE, bem como processos corporativos de responsabilidade social são a orientação deles para a possibilidade de transferência de componentes sociais de um contexto para outro. Entretanto, essa transferência só será possível se os componentes sociais condensados em questão forem compatíveis com o contexto para o qual forem transferidos. Os tipos de mecanismos de estabilização que surgiram dentro dessas estruturas tendem a ser orientados para permitir incorporações por meio de adaptação baseada em processos reflexivos. Assim, processos transnacionais e, com eles, um tipo específico de lei de orientação de tais processos tendem a ser orientados estruturalmente para facilitar os processos de aprendizagem e são, portanto, caracterizados por uma maior confiança nas estruturas cognitivas das expectativas, e não nas estruturas normativas⁵⁵.

53 P. F. Kjaer, *Between Governing and Governance: On the Emergence, Form and Function of Europe's Post-National Constellation* (Hart Publishing, Oxford, 2010. 50 f.).

54 Para a mesma visão desenvolvida no vocabulário da disciplina histórica: Alan S. Milward, *The European Rescue of the Nation-State*, 2. ed. (Routledge, Londres, 2000).

55 M. Amstutz e V. Karavas, “Weltrecht: Ein Derridasches Monster”, em G. P. Calliess, A. Fischer-Lescano, D. Wielsch e P. Zumbansen (Ed.), *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag* (Walter de Gruyter, Berlin, 2009. p. 645-672).

A dimensão intercontextual combinada com o componente cognitivo mais forte significa que os feitos produzidos na sociedade pelo tipo de lei descrita como transnacional, global ou mundial é bastante diferente dos efeitos produzidos pela lei nacional. A característica central da lei do Estado-nação consiste na produção de integração social por meio da sustentação de normas mantidas mesmo quando não são (totalmente) materializadas na sociedade. A lei transnacional também produz integração social, no sentido de que é orientada a associar os contextos. A maneira pela qual isso é alcançado é, todavia, diretamente oposta à lei de Estado-nação. Ao menos quando observado a partir de uma perspectiva do direito civil europeu continental, a lei nacional produz integração (em termos de espaço) pela construção de contextos nacionais claramente delineados e (em termos de tempo) por uma redução na velocidade de desenvolvimento social, no sentido de que as normas mantidas pelo sistema legal mudam em um ritmo mais lento do que as outras normas sociais. Logo, a lei do Estado-nação introduz uma espécie de “atrito” que tende a reduzir a contingência, a volatilidade e a velocidade da mudança social. A lei transnacional, por outro lado, produz uma aceleração de tempo e uma expansão no espaço, no sentido de que está direcionada a reduzir o “atrito” que os processos sociais, tais como as transações econômicas, deparam-se devido à diversidade de culturas, esferas funcionais e Estados. Isso pode explicar por que a lei transnacional é caracterizada por um nível maior de ativismo judicial, posto que os tribunais tendem a atuar como catalisadores, e não como agentes de força, de normas já estabelecidas⁵⁶. Assim como o movimento da democracia para a justiça, com sua mudança de *ex ante* para *ex post*, implica uma noção fundamentalmente diferente da política, o impacto social da lei é invertido quando se compara a lei do Estado-nação e a lei transnacional.

CONCLUSÃO

Dentro da filosofia analítica, grandes expectativas foram incorporadas ao conceito de justiça e, até certo ponto, isso foi considerado o “conceito mestre” do qual todas as ideias centrais podem ser derivadas. A partir de uma perspectiva mais descritiva, a práxis de legitimação é bastante central, mas também uma dimensão bem limitada e específica dos processos sociais. A mudança para a legitimação reflete uma temporalidade do mundo social, em que a realidade é constituída na distinção entre passado e futuro. Novamente, isso implica que, dentro do fluxo interminável de decisões políticas e administrativas, cada decisão poderia ter sido diferente. Todas as decisões são, portanto, confrontadas com uma demanda por legitimação. Por que essa decisão e não outra? As justificações desempenham, assim, um papel central na estabilização de expectativas

56 J. Scott e S. P. Storm, “Courts as Catalysts: Rethinking the Judicial Role in New Governance” (2007), 13, *Columbia Journal of European Law*, 565-94.

e demandas em relação a uma determinada cadeia de tomadas de decisões políticas. Esse é particularmente o caso nas configurações transnacionais em que as estruturas contextuais mais amplas, que no nível de Estado-nação foram estabelecidas por longos processos de construção de Estado ao longo dos séculos, estão ausentes no nível transnacional da sociedade mundial. Neste contexto volátil, as estruturas de justificação tornam-se substitutos ao tipo de reflexividade estabelecida pelo processo democrático no nível de Estado-nação. Uma mudança que não só reflete a fundação estrutural e a orientação funcional dos processos transnacionais, mas também implica um tipo de lei e de política fundamentalmente diferentes, visto que a base da lei e das políticas transnacionais, em contraste com a base da lei e das políticas nacionais, é dada de forma *ex post* ao invés de *ex ante*.