

ORGANIZADORES

ALEXANDRE MORAIS DA ROSA
MÁRCIO RICARDO STAFFEN

DIREITO GLOBAL: TRANSNACIONALIDADE E GLOBALIZAÇÃO JURÍDICA

COLABORADORES

ALEXANDRE MORAIS DA ROSA
JACOPO PAFFARINI
JOSEMAR SIDINEI SOARES
MÁRCIO RICARDO STAFFEN
MARIA CHIARA LOCCHI
MAURIZIO OLIVIERO
PAULO MÁRCIO CRUZ



UNIVALI

2013

Reitor

Dr. Mário César dos Santos

Vice-Reitora

Dr^a. Amândia Maria de Borba

Procurador Geral

MSc. Vilson Sandrini Filho

Secretário Executivo

MSc. Mércio Jacobsen

Pró-Reitora de Ensino

Dr^a. Cássia Ferri

Pró-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação,**Extensão e Cultura**

Dr. Valdir Cechinel Filho

Organizadores

Dr. Alexandre Morais da Rosa

MSc. Márcio Ricardo Staffen

Colaboradores

Dr. Alexandre Morais Da Rosa

Dr. Jacopo Paffarini

Dr. Josemar Sidinei Soares

MSc. Márcio Ricardo Staffen

Dr^a. Maria Chiara Locchi

Dr. Maurizio Oliviero

Dr. Paulo Márcio Cruz

Diagramação/Revisão

Heloise Siqueira Garcia

Rafaela Borgo Koch

Capa

Alexandre Zarske de Mello

Comitê Editorial E-books/PPCJ**Presidente**

Dr. Alexandre Morais da Rosa

Diretor Executivo

Alexandre Zarske de Mello

Membros

Dr. Clovis Demarchi

MSc. José Everton da Silva

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Créditos

Este e-book foi possível por conta da Editora da UNIVALI e a Comissão Organizadora E-books/PPCJ composta pelos Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz e Alexandre Morais da Rosa e pelo Editor Executivo Alexandre Zarske de Mello

Endereço

Rua Uruguai nº 458 - Centro - CEP: 88302-202, Itajaí - SC – Brasil - Bloco D1 – Sala 427, Telefone: (47) 3341-7880

D628 Direito global : [recurso eletrônico] transnacionalidade e globalização jurídica / Alexandre Morais da Rosa, Márcio Ricardo Staffen organizadores ; Alexandre Morais da Rosa... [et al.] colaboradores - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2013.

Livro eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>
Incluem referências.

ISBN 978-85-7696-119-2 (e-book)

1. Direito. 2. Globalização. 3. Direito comparado. 4. Democracia. I. Rosa, Alexandre Morais da. II. Staffen, Márcio Ricardo. III. Título.

CDU: 340(07)

ALEXANDRE MORAIS DA ROSA
MÁRCIO RICARDO STAFFEN
ORGANIZADORES

DIREITO GLOBAL:
TRANSNACIONALIDADE E GLOBALIZAÇÃO JURÍDICA

COLABORADORES
ALEXANDRE MORAIS DA ROSA
JACOPO PAFFARINI
JOSEMAR SIDINEI SOARES
MÁRCIO RICARDO STAFFEN
MARIA CHIARA LOCCHI
MAURIZIO OLIVIERO
PAULO MÁRCIO CRUZ

ITAJAÍ
2013



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	v
DIREITO INTERCAMBIÁVEL E GLOBALIZAÇÃO: O CASO DO PROCESSO PENAL EMERGENTE	7
Alexandre Morais da Rosa	7
FUNDAMENTOS DE DIREITO TRANSNACIONAL	33
Maurizio Oliviero	33
Paulo Márcio Cruz	33
DIRITTO COMPARATO E “CONTESTO NORMATIVO GLOBALE”	52
Jacopo Paffarini	52
A REDUÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL NACIONAL E A ASCENSÃO DO DIREITO GLOBAL! HÁ ESPAÇO PARA OS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS?.....	74
Márcio Ricardo Staffen	74
GLOBALIZAÇÃO, PÓS-MODERNIDADE E TRANSNACIONALIDADE: QUESTÕES EXISTENCIAIS E JURÍDICAS.....	91
Josemar Sidinei Soares.....	91
THE TRANSFORMATIONS OF CITIZENSHIP IN THE EUROPE OF MIGRATIONS: HISTORICAL ROOTS AND PROSPECTS FOR THE FUTURE	107
Maria Chiara Locchi	107

APRESENTAÇÃO

Uma rápida retrospectiva das atividades de pesquisa doutoral na Università degli Studi di Perugia e na Universidade Karlova IV, em Praga, fazem crer que não foram apenas dois meses, tamanha a proficuidade dos diálogos, leituras, perguntas e respostas. De imediato, meus sinceros agradecimentos aos Profs. Drs. Maurizio Oliviero e Jacopo Paffarini, bem como, ao amigo Petr Polakovič.

Principio afirmando que Slavoj Žižek foi posto à prova. Há um inegável valor na visão em paralaxe, especialmente quando o doutorando necessita compulsoriamente ser o primeiro crítico de sua tese. Estar no antigo Ospedale Fatebenefratelli, coabitado, ainda, por alguns freis da Ordem de São João de Deus, junto ao centro histórico de Perugia propiciou um olhar diferente para a tese. Mas esta será uma outra história.

Importa da visão em paralaxe o convencimento acerca da globalização jurídica. Por mais que já se estudasse o fenômeno da transnacionalidade e da “crise” que permeia o Estado nacional, sob a batuta do Prof. Dr. Paulo Márcio Cruz, o contato profundo com o Direito Comparado subsidiado pelo Dr. Oliviero, des-velou novos sentidos, criando, assim, uma clareira (Heidegger). A globalização jurídica é fato; realidade que transpõem projeções teóricas.

Ocorre que enquanto realidade carece de lapidação em suas arestas. Necessita-se inquerir sobre os atributos a serem mantidos pelo Estado – crise ou redução? É possível coabitar substancialmente globalização jurídica, Democracia e Justiça? O que implica a globalização jurídica, a transnacionalidade e o Direito global à atividade jurisdicional? Como se falar em Direito global quando presente uma heterogeneidade entre os vários Estados, organizações, agências e demais sujeitos e destinatários deste paradigma de Direito que rompe as fronteiras nacionais?

Eis que para ajudar na exposição destas questões surge meu grande amigo e parceiro, Alexandre Morais da Rosa. De imediato aceitou o desafio de discorrer conjuntamente sobre

um tema relativamente recente e que desperta múltiplas incógnitas – o que é muito bom, diga-se de passagem.

O propósito do livro não poderia ser obtido em elevada potência sem o contributo dos amigos Paulo Márcio Cruz (UNIVALI) e Maurizio Oliviero (UNIPG). Coube para esta dupla verdadeiramente dinâmica delinear os fundamentos do Direito transnacional em uma perspectiva comparativa Brasil-Itália-Espanha. Advirta-se que a análise do Direito transnacional é pressuposto de discussão à globalização jurídica. Valora o quadro o jovem, mas brilhante, doutor Jacopo Paffarini quando disserta sobre a importância do Direito Comparado no contexto normativo global. Notadamente não se faz efetiva uma rede jurídica global sem o constante processo de comparação, o qual conduz prodigiosamente à cooperação.

Considerando a existência de um ordenamento jurídico globalizado, formado por um *network* normativo, disposto em um nível nacional e por outro transnacional, a discussão de possibilidade em sede de Juizados Especiais vem à tona com o texto que Márcio Ricardo Staffen ousa escrever, a partir dos escritos de Sabino Cassese. Josemar Sidinei Soares, a partir de aspectos filosóficos existentes, discorre sobre as viradas produzidas pela globalização e transnacionalidade.

Registre-se os agradecimentos institucionais à Università degli Studi di Perugia, ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – Universidade do Vale do Itajaí e à Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI, em especial, aos membros do Grupo de Pesquisa Direito Constituição e Sociedade de Risco.

Contudo, essa exclamação vem acompanhada por tristes notícias do Brasil, o falecimento da querida Professora Maria da Graça dos Santos Dias. Apenas podemos agradecê-la por tudo. Estamos convictos de que ninguém viveu com tamanha intensidade o que escreveu, defendeu e lecionou. Perdemos, todos, a face materna do PPCJ...

Professor Márcio Ricardo Staffen

Perugia, janeiro de 2013.

DIREITO INTERCAMBIÁVEL E GLOBALIZAÇÃO: O CASO DO PROCESSO PENAL EMERGENTE

Alexandre Morais da Rosa¹

INTRODUÇÃO

Segundo Allard e Garapon: “*O Direito tornou-se num bem intercambiável. Transpõe as fronteiras como se fosse um produto de exportação. Passa de uma esfera nacional para outra, por vezes infiltrando-se sem visto de entrada.*”² Neste contexto e articulando as repercussões desta constatação no campo do Direito e do Processo Penal, bem assim da Criminologia, influenciadas ainda discurso da *Law and Economics*, baseado em Posner³, pretende-se apontar para a necessidade do (re)estabelecimento de um novo sentido e função do Direito e do Processo Penal no Estado Democrático de Direito⁴, especialmente no contexto da globalização e da sociedade em rede⁵.

Nesse contexto há uma manifesta tensão entre o Direito Continental e o Direito Anglo-Saxão. Os institutos próprios de cada um dos Sistemas acabam sendo intercambiados sem a devida aproximação democrática, isto é, as novidades legislativas, como se verá, são implementadas em tradições filosóficas distintas, daí a perplexidade de muitas das alterações legislativas recentes. Não se trata de reconhecer que a tradição Continental é

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor nos Programas de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica e na Graduação em Direito da UNIVALI e UFSC. Juiz de Direito. alexandremoraisdarosa@gmail.com

² ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na Mundialização**: a nova revolução do Direito. Trad. Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006, p. 07.

³ POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. New York: Aspen, 2003; **Overcoming Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1995, **Law and Legal Theory in the UK and USA**. New York: Oxford University Press, 1996; **Law and Literature**. Cambridge: Harvard University Press, 1998; **The Little Book of Plagiarism**. New York: Phatheon, 2007; **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁵ CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

melhor ou pior, dado que esta discussão é inoperante. O que importa é que as tradições implicam em práticas e modos de pensar diferenciados. Enquanto no modelo Continental a formalidade acaba sendo uma garantia, diante de uma compreensão diferenciada de processo como procedimento em contraditório, no modelo Anglo-Saxão se reconhece uma função coletiva, vinculada ao interesse público. Dito de outra forma, o processo possui um interesse coletivo que sobreleva a tradição de garantias individuais, não obstante não se confunda com processos autoritários. O que se altera, no contexto anglo-saxão, é que a noção de processo é coletivizada e não individualizada. Assim a eventual punição do agente ocupa lugares diversos na tradição, especialmente em face das ditas finalidades da pena.

1. CONTROLE SOCIAL E SISTEMA PENAL

Não se nega que o Sistema de Controle Social é necessário para que a Sociedade possa ter uma estabilidade mediadora da violência constitutiva⁶, a qual pode ser dar mediante ações positivas ou negativas. As primeiras implicam ações capazes de prevenir a ocorrência de condutas desviantes, enquanto as segundas apresentam uma resposta estatal em face da violação de algum bem jurídico. As agências de controle são variadas e não se restringem ao Sistema Penal, mas contam com sistemas de assistência social⁷, saúde, educação, psicológico, religioso, familiar, dentre outros, os quais deveriam agir desde uma perspectiva coletiva de respeito e fomento da dignidade da pessoa humana⁸. Entretanto, houve uma mutação constitutiva destas agências de controle ampliando o raio de atuação do Direito Penal – expansionismo⁹ – acompanhado de uma mitigação dos Direitos e Garantias individuais em nome do que Amartya Sen denuncia como “coletivização da eficiência”.

Diante de um comportamento desviante, em desconformidade com o que é tutelado, cabem respostas estatais, desde aplicação de restrições e sanções administrativas até penas

⁶ GAUER, Ruth M. Chittó. **A qualidade do Tempo**: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁷ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Trad. Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 2001; WERNECK VIANNA, Luiz. **Esquerda Brasileira e Tradição Republicana**: Estudos de conjuntura sobre a era FHC-Lula. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁹ SILVA SANCHES, Jesús María. **Eficiência e Direito Penal**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

privativas de liberdade. Esta modalidade de resposta estatal, todavia, deve ocorrer como último recurso. Para isto o Direito Penal estabelece os limites de intervenção do Estado na esfera privada mediante a fixação de princípios e regras que regularão a possibilidade e a forma pela qual as sanções penais acontecerão numa Democracia. Esses limites do Sistema Penal encontram-se balizados no plano supranacional pelas normas de Direitos Humanos e no plano interno pela Constituição e a legislação infraconstitucional respectiva. A questão que se coloca é: no atual estado da arte ocorre uma inflação abusiva e banalizadora do Direito Penal¹⁰, mediante a criminalização excessiva da vida cotidiana e, de outro lado, uma flexibilização abusiva das garantias processuais, atendendo-se, dentre outros fatores, aos custos do Sistema de Controle, bem como aos anseios políticos da maioria.

Sabe-se, por sua vez, que o Poder Judiciário deve(ria) exercer uma função contra-majoritária no sentido de impedir que uma maioria eventual avance sobre a esfera do indecível, ou seja, os Direitos Fundamentais. A política criminal entendida como o poder de definição das condutas constantes na criminalização primária, não é ilimitada, isto, deve estar atrelada a proteção de bem jurídico. Não se pode, pois, proteger situações etéreas e que não correspondam a condutas verificáveis no mundo da vida, pois não se pode criminalizar a pessoa. Entretanto esta função acaba sendo desqualificada em nome de políticas criminais totalitárias, como da “Lei e da Ordem”. Enfim, ao invés de se buscar no espaço da política encaminhamentos democráticos, diante da pretensão de agradar o público, fomenta-se em todos os ramos partidários, um discurso a-crítico de agigantamento do Sistema Penal. Raro é o político que se posta na contra-mão da criminalização da vida cotidiana, pois este discurso não ganha aprovação coletiva e leva à perda de votos. Wacquant bem expressa o *slogan*: *“tranque-os e jogue fora a chave’ torna-se o leitmotiv dos políticos de última moda, dos criminólogos da corte e das mídias prontas a explorar o medo do crime violento (e a maldição do criminoso) a fim de alargar seus mercados.”*¹¹ Os programas ‘sangue-show’ são conduzidos por jornalistas que se submetem às expectativas mais primitivas do humano, indicadas por Juvenal: *pão e circo*¹². A fascinação pela barbárie

¹⁰ BATISTA, Nilo. Justiça e linchamento. In: **Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, n. 12, p. 163-166, 2002, p. 166.

¹¹ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Trad. Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 2001.,

¹² BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Trad. Maria Lucia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 74: “E a mesma busca do sensacional, portanto do sucesso comercial, pode também levar a selecionar variedades que, abandonadas às

encontra na mídia *delivery* seu melhor canal para o embrutecimento humano, sua *servidão voluntária*¹³, conforme sustenta Sloterdijk: “Durante a época do Império [Romano], a provisão de fascínios bestializadores para as massas romanas havia se tornado uma técnica de dominação indispensável, rotineiramente aprimorada, e que, graças à fórmula ‘pão e circo’ de Juvenal, persiste até hoje na memória.”¹⁴ Nestes casos, surgem sempre os ‘fast-thinkers’ capazes de emitir comentários pseudo-científicos, sem qualquer análise mais detida dos fatos, *armando-se* (este é o termo), ao depois, *debates verdadeiramente falsos ou falsamente verdadeiros* nos quais a encenação é patética e o resultado conhecido de antemão. Afinal, o patrocinador não pode ter sua imagem prejudicada. A moral vedete surge nos discursos moralizantes e normatizadores, enunciados pelos Juízes Midiáticos, nos quais as garantias penais e processuais são francamente vilipendiadas.¹⁵ Assim, cria-se um círculo vicioso entre mídia e política, com interesses não ditos e ideológicos, pelos quais o sentido do discurso garantista perde sua densidade coletiva¹⁶. Não raro qualquer pretensão de garantias é colocada na conta de liberais não preocupados com a dita “escalada da violência”. E este discurso produz normas penais, invocadas em nome do “medo”¹⁷. Neste

construções selvagens da demagogia (espontânea ou calculada), podem despertar um imenso interesse ao adular as pulsões e as paixões mais elementares (com casos como os raptos de crianças e os escândalos capazes de suscitar a indignação popular), ou mesmo formas de mobilização puramente sentimentais e caritativas ou, igualmente passionais, porém agressivas e próximas do linchamento simbólico, com os assassinos de crianças ou os incidentes associados a grupos estigmatizados.”

¹³ LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso sobre a servidão voluntária**. Trad. J. Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 41: “Os teatros, jogos, farsas, espetáculos, lutas de gladiadores, animais estranhos, medalhas, quadros e outros tipos de drogas, eram para os povos antigos os atrativos da servidão, o preço da liberdade, as ferramentas da tirania. Os antigos tiranos possuíam este meio, esta prática, estes atrativos, para iludir os súditos sob seu jugo. Assim, os povos, enlouquecidos, achavam belos esses passatempos, entretidos por um vão prazer, que lhes passava diante dos olhos, e acostumavam-se a servir como tolos, mas piores do que as criancinhas que, para ver as imagens reluzentes dos livros iluminados, aprendem a ler.”

¹⁴ SLOTERDIJK, Peter. **Regras para o parque humano**: uma resposta à carta de Heidegger sobre o humanismo. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Estação Liberdade, 2000, p. 18.

¹⁵ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 14: [com a abertura, pós ditadura] “um imenso contingente de profissionais e amadores do jornalismo, do rádio e da televisão assumiram o papel de juízes paralelos para o efeito de noticiar, comentar e julgar antecipadamente os fatos delituosos no pressuposto de que assim o fazem na defesa da sociedade. (...) Além da ofensa ao princípio da dignidade humana, os apóstolos da salvação pública também violentam a presunção de inocência em favor da presunção de culpa.”

¹⁶ ARBEX JR, José; TOGNOLLI, Claudio Julio. **O século do crime**. São Paulo: Boitempo, 1998, p. 217-218: “A indústria cinematográfica apropriou-se de maneira muito curiosa dessa perversa equação. Nos enlatados de Hollywood, é o detetive que aparece glamourizado como o grande aventureiro, quando o que ele faz, na verdade, é defender a lei e a ordem, isto é, a mais absoluta rotina, o oposto da aventura. (...) Uma das saídas para dar credibilidade à imagem do herói ‘higiênico’ é transformá-lo em robô programado para obedecer à lei, isto é, desumanizá-lo. É o caso de Robocop. O grande problema desses ‘heróis programados’ é que eles aniquilam o único momento em que, de fato, a aventura está na lei: é a opção, que deve ser diariamente testada, por manter os princípios éticos acima da corrupção, do apelo à violência fácil e das incongruências do dia-a-dia. Aí reside, na verdade, a surpresa, o inesperado, a quebra da rotina.”

¹⁷ PASTANA, Débora Regina. **Cultura do medo**: reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: Método, 2003.

panorama, brevemente delineado, encontra-se o ensino e a prática do Direito e do Processo Penal no Brasil¹⁸.

O Direito e o Processo Penal herdados da Modernidade encontram-se, pois, em tensão. As categorias e os traços específicos de cada campo do saber antes tidos como universais precisam, agora, de acomodações em face do sistema cultural em que são aplicados, em dois níveis. No nível coletivo/social mediante o reconhecimento da alteração no modo de produção contemporâneo, a saber, pela superação do dilema liberalismo *versus* socialismo, em nome do “pensamento único” Neoliberal. No nível individual a categoria sujeito, antes tida como universal, também precisa de modulações, daí decorrendo todo o debate da “culpabilidade”, por exemplo. Neste quadro o ensino e a prática do Direito e Processo Penal, aliados à compreensão atual da Criminologia Crítica precisam se reconhecer como integrantes do Sistema de Controle Social em que as questões demandam de um transpassamento dos respectivos campos, sem perder a especificidade¹⁹. Dito de outra forma, embora se mantenham os campos como saberes autônomos resta impossível ensinar-se o Direito, o Processo e a Criminologia sem uma profunda identificação de finalidades, numa verdadeira fusão de horizontes²⁰. Esta fusão de horizontes, todavia, não pretende abolir as diferenças justamente por reconhecer que é a partir da manutenção do diálogo profícuo que se pode analisar, quem sabe, o Sistema de Controle Social a partir de novas coordenadas simbólicas.

A demanda mais comum hoje é a de segurança, manipulada por interesses ideológicos, acaba encontrando no Sistema de Controle Social o seu único caminho. Este caminho equivocado parte de uma noção de que ao Estado compete fazer com que os sujeitos e o Mercado - este novo componente do contexto contemporâneo - possam se sentir felizes. Esta felicidade não se reduz mais aos sujeitos, pois há a profusão de um discurso metafísico do Mercado, o qual é capaz de estar “calmo”, “agitado”, “nervoso”, conforme nos apresentam os meios de comunicação, sem que se perceba, contudo, que as condições para que o Mercado e o Sujeito se sintam tranquilos não são, em definitivo, as mesmas. É preciso

¹⁸ BIZZOTTO, Alexandre. **A inversão Ideológica do Discuso Garantista**: A subversão da finalidade das Normas Constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do Sistema Penal. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2009.

¹⁹ JOBIM, Augusto. **Violência e Processo Penal**: crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder de punir. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2008.

²⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 949.

entender que as coordenadas que ligam a noção de tranquilidade individual encontram-se condicionadas ao contexto econômico e este não leva em consideração o sujeito. Para o discurso econômico a estabilidade das relações de Controle Social assume uma característica específica: serve para diminuir as externalidades do custo das relações comerciais. Assim, seria ingênuo pensar que as alterações e conformações atuais não guardam, em si, fundamentos econômicos não ditos. Sobre esta relação intensa e negada é que, talvez, valha a pena seguir o caminho. Não numa perspectiva sectária, nem muito menos de antagonismos. Cabe à dogmática crítica a função de reconstruir os alicerces Democráticos de um Direito e Processo Penal capazes de retomar o lugar e a função de garantia.

Com efeito, a superação da noção de Soberania no contexto do Direito Transnacional implica na releitura de diversas noções herdadas da Modernidade, especialmente a de Soberania, a saber, do poder de estabelecer as normas jurídicas válidas no território nacional²¹, em um ambiente mundializado pela proeminência do condicionante econômico Neoliberal²².

2. DISCURSO ECONÔMICO NO SISTEMA DE CONTROLE MUNDIALIZADO

Com a proeminência das questões econômicas no mundo atual as relações entre Direito e Economia não são mais complementares, dado que o Direito foi transformado em instrumento econômico diante da mundialização do Neoliberalismo. Logo, submetido a uma racionalidade diversa, manifestamente pragmática de custos/benefícios (*pragmatic turn*), capaz de refundar os alicerces do pensamento jurídico, não sem ranhuras democráticas. A clássica noção weberiana de que Estado é *“uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território, reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física”*²³,

²¹ BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 18: “A sociedade mundial, que tomou uma nova forma no curso da globalização – e isto não apenas em sua dimensão econômica –, relativiza e interfere na atuação do Estado nacional, pois uma imensa variedade de lugares conectados entre si cruza suas fronteiras territoriais, estabelecendo novos círculos sociais, redes de comunicação, relações de mercado e formas de convivência.”

²² Este percurso está vinculado às pesquisas anteriormente realizadas. MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Para um processo penal democrático**: crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Assim, no decorrer deste texto, algumas questões anteriormente trabalhadas serão invocadas na perspectiva de ratificar e retificar pontos de vista enunciados.

²³ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Vol. 2. Brasília: UNB, 1999.

com as modificações operadas nas duas últimas décadas do século XX, não mais se sustenta²⁴. A busca da legitimação do uso da força, embora guarde uma certa relevância, passou a ser contingente, pois o Mercado, sem rosto, nem bandeira, veio roubar a cena de um mundo globalizado, sem fronteiras. Os desafios daí decorrentes são imensos, pois esta nova cartografia do poder não implica, necessariamente, no estabelecimento de relações entre Estados Soberanos, mas se perde em mecanismos mais “brandos” de poder, mediados por um Mercado que não faz barreira, nem respeita, as fronteiras, mitigando, por assim dizer, a noção de Soberania.

O rompimento com o Estado-Nação implica uma nova relação entre o colonizador e o colonizado. Não se trata mais da proeminência de um Estado-Nação sobre outro, mas do deslocamento deste lugar para as formas motrizes do Mercado (Conglomerados, Bancos, Multinacionais, etc...) as quais se valem – parafraseando Althusser²⁵ pelo avesso - dos “Aparelhos Ideológicos do Mercado” para manter a situação de opressão, naturalizada²⁶. Uma metrópole sem rosto, nem etnia, representada pelo capital. Não há ninguém nos comandos justamente porque tal poder não existe²⁷. Na última quadra do Século passado, diante do dito “progresso do neoliberalismo”, em nome do *pode-tudo-que-quiser-em-nome-da-liberdade* operou-se um declínio deste lugar de Referência, a saber, a “norma” deixou de ter a função de limitar a satisfação, entregue a um mercado vazio e iluminado de satisfações²⁸, em que tudo pode ser vendido e comprado, já que a categoria Direitos Fundamentais é extinta – se verá – e tudo passa a ser direito de propriedade, negociado no

²⁴ Para uma leitura atualizada: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência Política e Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

²⁵ ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado**. Trad. Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Presença, s.d. 3a Edição.

²⁶ LYRA FILHO, Roberto. **A Filosofia Jurídica nos Estados Unidos da América**: Revisão Crítica. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1977.

²⁷ ZIZEK, Slavoj. **Las metástasis del goce**: seis ensayos sobre la mujer y la causalidad. Trad. Patrícia Wilson. Buenos Aires: Paidós, 2005; **Mirando al sesgo**: una introducción a Jacques Lacan a través de la cultura popular. Trad. Jorge Piatigorsky. Buenos Aires: Paidós, 2004; **Visión de paralaje**. Trad. Marcos Mayer. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006; **The Univesal Exception**. New York: Continuum, 2006; **Interrogating the Real**. New York: Continuum, 2006; **The Indivisible Remainder**. New York: Verso Books, 2007; **Amor sin piedad**: hacia una política de la verdad. Trad. Pablo Marinas. Madrid: Síntesis, 2004; **Beinvenidos al desierto de lo Real**. Trad. Cristina Vega Solís. Akal, 2005; **Arriesgar lo Imposible**: Conversaciones con Glyn Daly. Trad. Sonia Arribas. Madrid: Trotta, 2004; **La Revolución Blanda**. Buenos Aires: Buenos Aires: Parusia, 2004.

²⁸ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. A Forma e a Força da Lei – Reflexão sobre o Vazio. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (org.). **Direito e Psicanálise**: interseções a partir de ‘O Estrangeiro’ de Albert Camus. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 105-112.

“Grande Mercado globalizado”, inclusive no campo do Direito e Processo Penal (penas negociadas, liberdade tarifada, mitigação da obrigatoriedade da ação penal, etc.).

Dentro da premissa de que o Mercado é o melhor mecanismo para uma situação “ótima”, o discurso Neoliberal²⁹ estipulou, por seus porta-vozes, uma agenda de políticas centradas no “crescimento econômico”, modelo típico da Modernidade. O conceito de desenvolvimento³⁰ foi (re)significado para se juntar crescimento econômico com progresso técnico, via expansão da produção e acumulação privada de riqueza, pelo aumento dos lucros, a cargo dos mais capazes (ricos), com a redução do *status* dos trabalhadores a consumidores mínimos,³¹ bem assim propugnando um lugar de refugio: o Direito Penal. A consequência deste receituário se dá pela paulatina diminuição do gasto público social, aceitando-se a desigualdade como saudável, um custo inerente ao sistema³². Um dos mitos é o de que o consumo livre dos ricos favorece o crescimento do Mercado, mesmo custando a vida de milhares de sujeitos, tido como custos reflexos do sistema livre. Há muita gente no mundo que não consome cujos custos de manutenção são altos. Como não se os pode matar diretamente, porque seria complicado assim se defender, exclui-se o suficiente para que as doenças, o cárcere e ausência de comida os matem. O discurso Neoliberal³³ não pode dizer sua pretensão latente diretamente. Deve escamotear, sempre, via discurso manifesto e humanitário. Por isto uma adubação ideológico-midiática anestésica da crítica³⁴, assimilada pelo buraco negro do Mercado e seu direito reflexivo.

²⁹ HAYEK, Friedrich A. **Direito, Legislação e Liberdade**: Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Trad. Ana Maria Capovilla et al. São Paulo: Visão, 1985; **Democracia, Justicia y Socialismo**. Trad. Luis Reig Albiol. Madrid: Union, 2005; **Principios de un orden social liberal**. Trad. Paloma de la Nuez. Madrid: Unión Editorial, 2001; FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Trad. Luciana Carli. São Paulo: Abril, 1984; FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Free to Choose**: a personal statement. Orlando: Harcourt Books, 1990.

³⁰ FURTADO, Celso. **Raízes do Subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

³¹ Crítica consistente de: EZCURRA, Ana María. **¿Qué es el Neoliberalismo?** Evolución y límites de un modelo excluyente. Buenos Aires: Lugar, 2007.

³² KLEIN, Naomi. **A doutrina do Choque**: A ascensão do capitalismo do desastre. Trad. Vania Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

³³ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 229-242.

³⁴ ANDERSON, Perry. Além do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (org.). **Pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o estado democrático. São Paulo: Paz e Terra, 1995; AVELÁS NUNES, António José. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; WAINWRIGHT, Hilary. **Uma resposta ao Neoliberalismo**: argumentos para uma nova esquerda. Trad. Angela Melim. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998; MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo: o direito na infância. In: **Anais do Congresso Internacional de Psicanálise e suas conexões**: Trata-se uma criança. Rio de Janeiro, Tomo II, p. 225-238, 1999; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Jurisdição, **Psicanálise e o Mundo Neoliberal**. In: **Direito e Neoliberalismo**: Elementos para uma Leitura Interdisciplinar. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (et alii). Curitiba: EdIBEJ, 1996, p. 67-69.

Cabe dizer que superada a fase marginal do discurso Neoliberal, seus pressupostos foram acolhidos pelos governos de Thatcher e Reagan, no início dos anos 80, implicando na Revolução Neoliberal do Estado, sob a batuta da banca de *Bretton Woods* (Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento, este último criado posteriormente),³⁵ apontando para a necessidade de ajustes estruturais nos Estados Nacionais (privatização – inclusive das prisões³⁶, desregulação dos mercados interno/externo, contenção do gasto público social), rumo ao crescimento econômico alto e sustentável. Sua execução se deu por políticas de estabilização tendentes ao fomento da livre operação dos mercados no plano mundial, dando especial relevo às exportações. A maneira de se conseguir competitividade externa se dá pela diminuição dos custos internos dos agentes de produção (empresas), principalmente nos custos do trabalho (mero *input*) e dos impostos. O deslocamento da avaliação exclusivamente pelos números, no paraíso da estatística, deixa de lado toda a questão social, para se estabelecer num mundo matemático, sem rostos, nem vítimas, mas meras “externalidades”. A pobreza passa a ser uma mera externalidade, um custo do sistema... que precisa de um solução...

Talvez o golpe de mestre do discurso tenha sido o de colocar seus fundamentos ligados à noção de “capitalismo democrático”, entendida como a impossibilidade da democracia sem capitalismo. Com esta bandeira – capitalismo democrático – como único meio de crescimento econômico manipula-se o discurso para se promover, no âmbito mundial, os pressupostos do livre mercado e, após o 11 de setembro³⁷, da “ordem mundial”.³⁸ A “manipulação do medo”³⁹ passa a ser a pedra de toque do discurso ideológico

³⁵ BORÓN, Atilio. A Sociedade Civil depois do dilúvio neoliberal. In: SADER, Emir; GENTILLI, Pablo. (orgs.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p. 91-93.

³⁶ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres...**, p. 137: “O aprisionamento com fins lucrativos refaz, portanto, sua aparição a partir de 1983 [nos EUA] para se apossar rapidamente de um duodécimo do ‘mercado’ nacional, ou seja, cerca de 150.000 detentos, três vezes a população penitenciária da França. Estas firmas cotadas em bolsa no mercado Nasdaq ostentam taxas de crescimento e de lucro recordes e são as meninas dos olhos de Wall Street. A ‘nova economia’ americana não é somente Internet e as tecnologias da informação: é também a indústria do castigo! A título indicativo, as prisões do estado da Califórnia empregam duas vezes mais assalariados do que a Microsoft...”

³⁷ ZAFFARONI, Eugénio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007; TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida; LANFREDI, Luís Geraldo Sant’Ana; SOUZA, Luciano Anderson de; SILVA, Luciano Nascimento. (orgs.). **Repressão Penal e Crime Organizado: Os novos rumos da política criminal após o 11 de setembro**. São Paulo: Quartie Latin, 2009.

³⁸ CHOSMKY, Noam. **A Política Externa dos Estados Unidos da Segunda Guerra Mundial a 2002**. Trad. Paulo Alves de Lima Filho. São Paulo: Movimento Consulta Popular, 2005.

do mercado livre, apresentando-se com a face “humanitária”. A crise humanitária se manifesta pela pasteurização e a aparente neutralidade do discurso de Direitos Humanos, a qual funciona como mecanismo da ideologia intervencionista, com interesses latentes e, por básico, diversos do discurso manifesto. O discurso manifesto é o de ajuda humanitária. Mas é o fundamento de uma intervenção capaz de imaginariamente aplacar a culpa e justificar a opressão com a qual, no fundo, compactua-se. As intervenções ditas humanitárias escondem os interesses econômicos silenciados no discurso manifesto, como no caso do Iraque,⁴⁰ em que o petróleo é bem mais importante do que a pretensa implementação da democracia. A política humanitária é o lema que faz caminhar a massa composta de “Almas Belas”⁴¹ no caminho de uma finalidade mal-dita, da qual se fazem instrumento. Congrega, sob a mesma bandeira, desde religiosos pseudo-assépticos ideologicamente até desiludidos agnósticos, facistas de direita e revolucionários de esquerda, em nome da “Causa Humanitária”. Este engajamento em nome dos Direitos Humanos, todavia, cobra um preço pouco percebido pela maioria jogada no discurso de fachada. Este movimento humanitário invoca a necessidade de salvação, suspendendo os limites democráticos, as fronteiras e desloca a noção de Soberania. Serve de instrumento alienado da opressão de um capital que não quer e derruba, incessantemente, as fronteiras nacionais.⁴²

Com efeito, a *revolução neoliberal democrática global*⁴³ se desenvolve a partir da construção de um discurso único, sem alternativas, ou seja, do capitalismo vencedor – como

³⁹ Com a utilização ideológica do sistema de controle social e com o fim da guerra fria, o inimigo externo, então representando pelo Bloco Socialista, é astutamente substituído pelo “terrorista”, pelo “inimigo”, com a face de qualquer um que resista...

⁴⁰ Esta nova missão “democrática” é o argumento para a intervenção nos demais países. O exemplo palmar é o Iraque. A política do EUA de “a nossa democracia para todos” encontra estabilidade e assentimento de Republicanos e Democratas. Logo, é de longo prazo. Dar-se conta disto é fundamental... ZIZEK, Slavoj. *Irak: la tetera prestada*. Trad. Luis Álvarez-Mayo. Madrid: Losada, 2006.

⁴¹ ZIZEK, Slavoj. **Arriesgar lo Imposible**: Conversaciones com Glyn Daly. Trad. Sonia Arribas. Madrid: Trotta, 2004, p. 52. O argumento de Zizek é o que de se “te metes em política é preciso uma certa dose de pragmatismo e crueldade, para que o projeto se realize.” Não há pureza possível. Zizek critica os acadêmicos liberais – almas belas – que deixam que os executores façam o trabalho sujo, pois admira gente que assume suas posturas e admite executar o trabalho sujo. Aí reside a assunção de uma responsabilidade pelos atos perdidos no âmbito das sociedades descompromissadas, da plena liberdade. O poder faz vítimas, sempre.

⁴² CUNHA MARTINS, Rui. **O método da fronteira**. Coimbra: Almedina, 2008; ZIZEK, Slavoj. *Elogio da Intolerância*. Lisboa: Relógio D’Água, 2006, p. 14-16.

⁴³ MEAD, Walter Russel. **Poder, terror, paz e guerra**: os Estados Unidos e o mundo contemporâneo sob ameaça. Trad. Bárbara Duarte. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

se verificou na redação da Constituição Européia⁴⁴ –, ao qual todos devem se adaptar, sob pena de ineficiência. Por isso o discurso crítico acaba não encontrando eco por se iludir com o discurso latente, das aparências. É preciso aceitar, pois, que o Neoliberalismo é o paradigma englobante⁴⁵ – hegemônico, diria Gramsci⁴⁶ – da sociedade contemporânea com os mais variados efeitos (formais e materiais). A lógica que subjaz ao modelo acaba sendo o custo/benefício (eficiência – maximização de riqueza). Conquanto não se possa falar numa autoridade central, o projeto Neoliberal conta com diversas e poderosas agências⁴⁷ capazes de ditar as regras gerais e abstratas⁴⁸, apontadas por Hayek, como fundamentadoras das ações dos sujeitos e das Instituições. Estipula-se, desta forma, um novo princípio jurídico: *o do melhor interesse do mercado*. O Direito é um meio para atendimento do fim superior do crescimento econômico. É necessário simbolicamente para sustentar a pretensa legitimidade da implementação dos ajustes estruturais mediante reformas constitucionais, legislativas e normativas executivas.

Na perspectiva de unificar o novo “mercado mundial” as normas de comércio devem se adequar ao novo modelo diminuindo os custos e os riscos das transações. A pretensão não é de todo equivocada, mas traz consigo um certo desrespeito às tradições locais, especialmente quando se trata do Direito Continental. Significa a construção de uma estrutura mundial em que os Estados são incapazes de sozinhos provocar modificações significativas, embora tenham um papel fundamental na garantia da “ordem pública”, principalmente na “esfera de controle social”. Assim é que não há mais lugar para o Estado-Nação entregue ao jogo sem regras de uma globalização do pensamento único, sem possibilidade de garantir as normas necessárias ao estabelecimento do Estado Democrático de Direito. Surge agora um Direito Flutuante, Reflexivo, com pretensão de universalidade⁴⁹,

⁴⁴ AVELÃS NUNES, António José. A Constituição Européia. A constitucionalização do neoliberalismo. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (org.). **Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 63-118.

⁴⁵ Inclusive religiosa, bastando conferir a encíclica “Centesimus Annus”, do Papa João Paulo II.

⁴⁶ GRAMSCI, Antônio. **Cadernos do Cárcere**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

⁴⁷ Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial, Programas Mundiais. Tudo articulado em face das orientações históricas e tradicionais: “Bretton Woods”, “Consenso de Washington”, etc.

⁴⁸ MARCEILINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus, 2009.

⁴⁹ ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na Mundialização: ...**, p. 39: “No campo económico e comercial, não é uma ilusão esperar que, um dia, venha a emergir um direito global. E já isso que, em parte, ocorre, por exemplo, com a Convenção de Viena sobre as transações, que é aplicada por um grande número de países.”

à mercê do Mercado. Ao Estado, então, é resguardada a função interna de garantia da ordem social mediante o agigantamento do sistema de controle social (crimes, penalização e programas sociais), não sem a intervenção de organismos internacionais, como se verifica atualmente com o terrorismo, ameaça ecológica, armas químicas/nucleares e droga. A globalização é complexa, com fatores culturais, jurídicos, sociais, ideológicos e culturais, especialmente econômicos. A nova ordem mundial unificada implica numa proeminência do Mercado como lugar vazio, destruindo os ordenamentos jurídicos internos, com diversas estratégias: a) Criação de Órgãos Supranacionais, nos quais as decisões não são legitimadas por qualquer processo democrático⁵⁰; b) Validade das normas internacionais sobre o Direito Interno, para além da noção clássica de Soberania, abrindo-se as portas pelo discurso dos Direitos Humanos; c) reflexibilidade da estrutura do ordenamento jurídico interno; d) Poder de conglomerados e do capital financeiro que circula sem limites, em face dos Estados.

Nesse sentido, Zizek está certo ao afirmar que a ideologia congrega uma multidão de escravos, a partir do discurso do Senhor, não por uma ilusão, mas por um aspecto de realidade (terrorismo, ameaça ecológica, armas químicas/nucleares e droga) escamoteando, todavia, a finalidade latente (ideológica) destes discursos⁵¹. A “realidade” entendida como os limites simbólicos – construídos – é manipulável. A razão instrumental, portanto, transforma-se no fundamento da própria dominação simbólica. Quanto menos forem manifestos os interesses ideológicos, mais eficazes serão.⁵² A aparência deste afastamento é o mote para sua eficiência. É somente pela crítica ao sintoma deste velamento, a saber, pelo silêncio, contradições, deslizes, que se pode estabelecer um lugar para o discurso crítico. Isto porque o slogan “liberdade e igualdade” atende aos interesses nem sempre vinculados os pressupostos do Estado Democrático de Direito⁵³. A aceitação sem maiores reflexões de que

⁵⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Archiipiélago de excepciones**. Buenos Aires: Katz, 2008. Os mecanismos democráticos de deliberação restam superados por decisões que refogem ao espaço democrático, a saber, são tomadas pelo Mercado e suas corporações, sem que os concernidos possam tomar um lugar no feudo de deliberação.

⁵¹ VIANNA, Túlio. **A Transparência Pública, Opacidade Privada: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade do controle**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

⁵² ZIZEK, Slavoj. **Ideología: Un mapa de la cuestión**. Trad. Cecilia Betrame et alii. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 15: “La lógica de la legitimación de la relación de dominación debe permanecer oculta para ser efectiva. En otras palabras, el punto de partida de la crítica de la ideología debe ser el reconocimiento pleno del hecho de que es muy fácil mentir con el ropaje de la verdad. (...) La forma más notable de ‘mentir con el ropaje de la verdad’ hoy es el cinismo: con una franqueza cautivadora, uno ‘admite todo’ sin que este pleno reconocimiento de nuestros intereses de poder nos impida en absoluto continuar detrás de estos intereses. La fórmula del cinismo ya no es la marxiana clásica ‘ellos no lo saben, pero lo están haciendo’; es, en cambio, ‘ellos saben muy bien lo que está haciendo, y lo hacen de todos modos.’”

⁵³ SEN, Amartya. **Sobre ética e economia...**, p. 96-106.

todos são iguais para contrair obrigações aponta para uma miopia ideológica. Dito de outra forma, em nome da Liberdade se esquece das forças reais de poder. Cinicamente, claro. A ordem espontânea pretende que o mercado se construa por si mesmo, esquecendo-se dolosamente que a ordem espontânea não se dá por si mesmo, mas por uma leitura (particular) dela. Uma leitura pré-dada. Enfim, é a legitimação racional da ordem existente, na leitura hegemônica do capital, onde tudo passa a ser negociável.

Daí que surge uma especificidade no campo do Direito: a Análise Econômica do Direito. Silva Sanches sublinha que para o movimento da *Law and Economics* o “delito é, obviamente, uma classe de atos socialmente indesejáveis, porque suas consequências, isto é, o dano que esse ato indesejável acarreta, é superior aos benefícios sociais que, também, caberia esperar que uma determinada conduta trouxesse. Por isso, é possível qualificar o delito como conduta ineficiente caracterizada pela transferência puramente coativa da riqueza, realizada à margem do mercado (...). Estabelecido que o delito é um ato ineficiente, a questão é como fazer frente à sua realização tratando, ao menos, de reduzir sua frequência a fim de que, no conjunto, o sistema seja o mais eficiente possível.”⁵⁴ Assim é que não se pode, seriamente, abordar-se a questão atualmente sem adentrar no campo da Análise Econômica do Direito e sua perspectiva, ou seja, a ação eficiente, cujo índice é o custo-benefício (individual e coletivo).

O modo de produção capitalista foi o pano de fundo da Criminologia Crítica do final do século passado e precisa, talvez, de uma atualização decorrente da mudança de paradigma econômico, a saber, depois da proeminência do Neoliberalismo é necessário (re)pensar as coordenadas de um saber que não pode responder mais aos sistemas binários em que Estado versus indivíduo aparecem em posições antagônicas. Nos dois extremos encontravam-se o projeto liberal de extensão de direitos e garantias individuais e, de outro, uma perspectiva coletiva em que a compreensão é coletivizada, flexionada, tudo em nome do interesse coletivo. Logo, em ambos pólos há uma tensão entre a efetivação dos direitos e garantias individuais. A novidade, consoante foi demonstrado, é que surgiu um discurso da eficiência, manipulado pelo critério do custo benefício, articulado pelo discurso da Análise Econômica do Direito. Neste contexto, convida-se para cena um novo e sedutor

⁵⁴ SILVA SANCHES, Jesús María. *Eficiência e Direito Penal*.... p. 9-10.

protagonista: o Mercado e sua aparente autonomia ideologicamente provida de um “pensamento único”. Dito de outra forma: como a estrutura econômica promove um giro na compreensão do Direito e Processo Penal, não mais situado na tensão Sujeito-Estado, mas garantidor da estabilidade econômica e da possível previsibilidade do Sistema. O crime como componente da realidade passa a ser um mero elemento contábil do “custo país”, sem que os dilemas modernos tenham mais a relevância de antes. A “eficiência”, agora, é medida por meio de resultados economicamente mais vantajosos.

Desta forma, há uma tendência rumo ao Direito Penal do Inimigo, baseado no fomento de um “perigosismo generalizado” impregnado no imaginário coletivo que demanda, assim, por segurança. Abre-se caminho para que Jakobs, fundamentado retoricamente no contrato social possa defender que o ‘inimigo’ seria aquele que rompeu com as regras contraídas, justificando a visão de não-membro e, por via de consequência, a intervenção penal busca evitar os perigos que ele representa, podendo, assim, o Estado restringir para o ‘inimigo’ as normas – garantias – conferidas ao cidadão. A Defesa Social e o direito penal do autor retornam, sob nova fachada. Estabelecida a distinção entre entre “cidadão” e “inimigo”, para estes, na defesa dos bons cidadãos, deve-se, para Jakobs, restringir as garantias penais e processuais, por isso ‘Direito Penal do Inimigo’⁵⁵. Qualquer aproximação, pois, com os discursos da ‘Lei e Ordem’ não é mera coincidência, dado que reeditam a necessidade de Defesa Social redefinindo os tipos penais para difusos bens coletivos, cuja densidade se mostra epistemologicamente impossível⁵⁶, embora sejam eficientes do ponto de vista da Análise Econômica do Direito. A distinção entre inimigo e cidadão, contudo, é dada *a priori* e, como tal, não se sustenta, pois categoriza, por qualidades etiquetadas socialmente, o grau que o sujeito pode usufruir na sociedade. Apresenta-se como uma tarifação da cidadania, a qual exclui, de antemão, todos os que se apresentam, de alguma maneira, envolvidos pelo sistema de controle social. Desde o

⁵⁵ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003, p. 47: “Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. (...) “Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido.”

⁵⁶ BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

batizado no sistema, com novos sentidos da velha “periculosidade” da Escola Positiva, surgem tarifações onde a dignidade da pessoa humana não tolera. Enfim, não se mostra possível dentro de uma perspectiva democrática a adoção de um discurso que module a cidadania ou mesmo promova restrições aos Direitos Fundamentais (pois Direito Penal e Processo Penal são Direitos Fundamentais)⁵⁷.

Segue-se, assim, um movimento que se pode chamar de “NeoPenalismo”. Isto porque o estabelecimento da Criminologia como campo de estudo do sujeito humano guarda vinculação direta com o paradigma da Modernidade e do modelo de sujeito que lhe informa. De um lado se construiu uma análise baseada nas características internas do sujeito - paradigma etiológico -, no qual as causas intrínsecas eram vasculhadas e poderiam ser verificadas e tratadas, via pena. Por outro lado, diante das observações sociológicas, principalmente da denominada Criminologia Crítica, as condições do meio em que o sujeito se encontrava passaram a ganhar força. Surgiu, assim, a compreensão da incidência de criminalizações (primária e secundária), pelas quais o sujeito-foco do Sistema Penal é selecionado e etiquetado. Tudo isto até a última década do século passado guardava muito sentido. Atualmente o foco modificou-se justamente porque o modelo de sujeito e de seu vínculo social restaram alterados, fundamentalmente pelo giro econômico operado pelo Neoliberalismo. Não se trata aqui de reiterar o que foi dito pela Criminologia Radical, nem de demonstrar que a existência de classes opera selecionando os "criminosos". A pretensão é a de apontar a superação destas distinções no mundo globalizado, de risco, em que o discurso único do Mercado transforma os sujeitos (ricos e pobres) em sujeitos descartáveis. Sujeitos Mercado-De(sa)gradáveis, simples mercadorias de consumo do Processo Penal do Espetáculo. Parece, assim, que a aplicação das categorias da Criminologia Crítica, embora possa explicar uma parcela significativa dos tipos penais e, principalmente, como o Sistema opera na proteção da propriedade privada e do contrato, com a sofisticação do discurso Neoliberal, deixou de ser o Proprietário do Século XX. O Proprietário do Século XXI é difuso, ou seja, não é uma categoria estabelecida por uma classe social específica, basicamente

⁵⁷ MEIER, Julio. Estado Democrático de Derecho, Derecho Penal y procedimiento penal. In: **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul/dez/2008, p. 11-39: “La división de estatutos, uno para el ciudadano y otro para el enemigo, parte de la base de la posibilidad de reconocerlos o diferenciarlos a priori, de distinguir con certeza a ambas categorías de seres humanos, esto ES, algo así como por El uniforme, como si se tratara de una guerra convencional y antigua, o por la camiseta, tal como sucede en un partido de fútbol. Pero la realidad muestra que esta línea divisoria tajante resulta irreal e imposible no sólo empíricamente, sino también conceptualmente.”

porque (i) o "crime" passou a ser um produto e, (ii) a propriedade que interessa não é mais de um sujeito, mas de estruturas econômicas. A fusão de horizontes destes condicionantes gera, no seu cúmulo, um curto-circuito nas categorias criminológicas. Ainda que se possa falar em sujeito criminoso, em processo de criminalização, no eterno dilema das causas, no paradigma Neoliberal, justamente pelo câmbio epistemológico operado (da relação causa-efeito para a ação eficiente), a intervenção penal se situa na contenção dos efeitos das ações individuais ao menor custo. Não se trata de "recuperar", nem de "punir". A intervenção busca manter as regras do jogo formal do Mercado, pouco importando o que se passa com os sujeitos. Eles são convocados a fazer a máquina funcionar... Por isto pode ser dito que houve uma superação das categorias da Criminologia. Para se entender o que se passa, atualmente, não basta conhecer o que as Escolas preconizam; é preciso entender que o Estado, entendido desde Weber como o titular indelegável do poder de punir, passou uma procuração aos entes privados, ou seja, foi vendido no mercado de ilusões. A prisão virou mercadoria, trocada, claro, por seu valor de face, com direito a ações na Bolsa de Valores. Ferrajoli é preciso ao dizer que: *“Infelizmente, a ilusão panjudicialista ressurgiu em nossos tempos por meio da concepção do direito e do processo penal como remédios ao mesmo tempo exclusivos e exaustivos para toda infração da ordem social, desde a grande criminalidade ligada a degenerações endêmicas e estruturais do tecido civil e do sistema político até as transgressões mais minúsculas das inumeráveis leis que são cada vez mais frequentemente sancionadas penalmente, por causa da conhecida inefetividade dos controles e das sanções não penais. Resulta disso um papel de suplência geral da função judicial em relação a todas as outras funções do Estado – das funções política e de governo às administrativas e disciplinares – e um aumento completamente anormal da quantidade dos assuntos penais.”*⁵⁸

Ao mesmo tempo em que houve um recrudescimento do Sistema de Controle Social pelo agigantamento do Sistema Penal⁵⁹, percebeu-se que haveria uma avalanche de

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão...**, p. 451.

⁵⁹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Manifesto contra os juizados especiais criminais: (uma leitura de certa 'efetivação' constitucional. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos de constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 350-352: Com os Juizados Especiais Criminais “ressucitou-se um mundo de infrações bagatelares praticamente esquecidas e, quiça, prontas para mudar de ramo. (...) Por outro lado, é preciso ter consciência (talvez fosse o caso de dizer: vergonha) suficiente para reconhecer que a lei, da forma como em vigência, responde a uma ideologia de tolerância zero, ligada – ou pelo menos muito próxima – aos postulados do

processos, cujos custos eram inviáveis. Assim é que a flexibilização do processo, mediante “informalização” e “eficiência”, com a imediata redução dos custos, pode ser verificada nos Juizados Especiais que são equipados com para-juízes, ou seja, muita gente de boa vontade, mas que não responde ao mínimo de garantias que o sujeito processado faz jus, democraticamente. Guardadas as devidas proporções, houve a introdução da lógica Inglesa do *plea guilty/ not guilty*, pelo acolhimento imediato da sanção, ou seja no Brasil, mesmo com a Constituição da República prevendo a necessidade do devido processo legal (CR, art. 5º, LV), mediante uma regra expressa – sem maiores considerações – aceita-se o cumprimento de pena ou mesmo a suspensão do processo. Não se trata do *plea bargain* americano, uma vez que não há obrigatoriedade da ação penal, enquanto no sistema inglês isto acontece. No modelo americano, sem verdade substancializada, negocia-se sobre o enquadramento jurídico da conduta, sobre o período da prisão, bem assim sobre os custos de um julgamento. Assim, tendo por fundamento uma lógica diversa, abre-se um espaço de transação para além da pena, por envolver a própria definição jurídica dos fatos. E a introdução disto se deu com a transação penal no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

Não se trata, como já sublinhado, de reconhecer que a tradição Continental é melhor ou pior, dado que esta discussão é inoperante. O que importa é que as tradições implicam em práticas e modos de pensar diferenciados. Ainda que não dito, muitas das reformas recentes no ordenamento se deram pela fusão equivocada e irrefletida de tradições jurídicas, trazendo-se, não raro, institutos estranhos ao Direito Continental. Este comércio de institutos do direito anglo-saxão, todavia, não acontece sem o estabelecimento de uma tensão decorrente da diferença de tradições filosóficas, isto é, de uma matriz causa-efeito, parte-se, sem muita aproximação, para um panorama pragmático, no qual a eficiência prepondera. Nesta perspectiva de diálogo entre tradições diversas é que surgem possíveis justificações teóricas para, dentre outras reformas⁶⁰, a (i) sumarização e aceleração⁶¹ de

modelo neoliberal que se implantou no país, o qual vai fazendo estrada, também no Direito, pela ignorância de uns e assepsia de outros.”

⁶⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)Forma do Processo Penal. Belo Horizonte**: Del Rey, 2008; GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁶¹ VIRILIO, Paul. **El cibermundo**, la política de lo peor. Trad. Mónica Poole. Madrid: Catedra, 1999; **El procedimiento silencio**. Trad. Jorge Fondebrides. Buenos Aires: Paidós, 2005; **Ciudad pánico**: el afuera comienza aquí. Trad. Iair Kon. Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2006; **La bomba informática**. Trad. Mónica Poole. Madrid: Catedra, 1999; **Velocidad y Política**. Trad. Víctor Goldstein. Buenos Aires: La Marca, 2006.

procedimentos; (ii) mitigação da obrigatoriedade da ação penal; (iii) possibilidade de negociação monetária (conciliação) e inclusão equivocada da vítima no processo penal⁶²; (iv) suspensão condicional do processo; (v) aplicação de discursos consequencialistas no campo do direito e processo penal; (vi) discussão sobre os custos do processo e da pena; (vii) restrição recursal (Lei n. 9.099/95).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aposta transnacional na expansão do sistema penal precisa ser superada. Não cabe mais acreditar que o Sistema de Controle Social dará conta dos problemas gerados pela alteração do modo de produção, bem como do discurso expansionista do Direito Penal e de flexibilização das garantias processuais. É necessário superar o que se pode chamar de “Processo Penal do Espetáculo”, movido pela junção equivocada e iludida de esforços. De um lado a Esquerda Punitiva (Karam) e de outro a Direita de sempre, defendendo cnicamente os valores da sociedade. O resultado disto é a evidência de uma vontade de punir que precisa, sempre, de novos protagonistas. O produto crime interessa, ainda mais quando um "graúdo" passa a ser o acusado, pois relegitima todo o Sistema. A discussão da segurança pública no contexto democrático precisa rever alguns conceitos que não passaram pela oxigenação democrática advinda da Constituição da República de 1988 e que continuam fazendo vítimas. Não se trata, como querem alguns, de enjeitar todo o Direito Penal, cuja importância simbólica de limite precisa ser reiterada, nem de o endeusar como a salvação das mazelas sociais. Cuida-se, sim, de responder adequadamente ao conclave democrático de um direito penal que respeite os Direitos Fundamentais, a partir da tão falada e pouco compreendida "dignidade da pessoa humana". Somente assim pode-se buscar reconstruir a cidadania brasileira, nesta luta de mais de vinte anos de Constituição.

Até porque a representação Simbólica compartilhada da noção de Estado perdeu seu caráter de Referência, ou seja, não se trata mais de um centro, sob o qual giram as demais instituições⁶³ e pessoas, pois o centro – Estado – foi deslocado e não substituído pelo Mercado, justamente porque suas características, fundadas na liberdade extremada, sem

⁶² BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

⁶³ BADIOU, Alain. **De um desastre obscuro**: sobre el fin de la verdad de Estado. Buenos Aires: Amorrortu, 2006.

regras, impede qualquer autoridade central⁶⁴. Sem ela, já se sabe, não há limite. E sem limites, não há ilícito, nem ética que se sustente no espaço público. Por isto Boaventura de Souza Santos dirá: “A erosão da soberania do Estado acarreta consigo, nas áreas em que ocorre, a erosão do protagonismo do poder judicial na garantia do controle da legalidade.”⁶⁵ Acrescente-se, de outro vértice, que a fusão “forçada” de tradições jurídicas incrementa esta perda de referentes. A doutrina e jurisprudência de países estrangeiros, acompanhada dos órgãos internacionais, passam a influenciar, cada vez mais, a hermenêutica interna. Os protagonistas do processo decisório se valem de argumentos expendidos noutras tradições para decidir temas internos. A *internet* e as facilidades de pesquisa atuais, acrescidas da difusão acadêmica de algumas teorias, fornecem os meios para que sejam convocadas construções de outras tradições para compor o sentido interno. De um lado há uma atitude complementar e, por outro, subversão da ordem posta pela inserção de pressupostos filosóficos distintos, como é o caso da *Law and Economics*. Assim é que neste espaço paradoxal, pois, resta apontar para o limite, dar-se conta do que se passa e, de alguma forma, resistir.

O que se pode fazer diante deste quadro, desde o ensino jurídico? Não se possui, nem se pode, apresentar um receituário pronto. O espaço da sala de aula precisa ser problematizado com os diversos matizes ideológicos, justamente para propiciar uma escolha por parte do acadêmico e não uma mera adesão irrefletida a uma posição dada. Um dos dilemas atuais do ensino do Direito é relegitimar a característica do sujeito, isto é, a capacidade de analisar, refletir e escolher, com a responsabilidade daí advinda. Especialmente no contexto atual em que houve uma significativa mutação em que resta pouco lugar à reflexão e, principalmente, pela assunção de responsabilidades. Há sempre um sujeito implicado nas escolhas e não se pode mais aceitar um puro normativismo de aplicação neutra⁶⁶ da norma jurídica, como se a aplicação aparentemente legal

⁶⁴ CASTEX, Paulo Henrique. Os blocos econômicos como sociedade transnacional: a questão da Soberania. IN: BORBA, Paulo Casella. **MERCOSUL: Integração Regional e Globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 291: “relações que não transitam necessariamente pelos canais diplomáticos do Estado, mas que influem nas sociedades e revelam que nenhum Estado é uma totalidade auto-suficiente.”

⁶⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas**. O caso Português. Porto: Afrontamento, 1996, p. 29.

⁶⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. vi-vii: “Absolver ou condenar acusados criminais não são decisões neutras, regidas pela dogmática como critério de racionalidade, mas exercício de poder seletivo orientado pela ideologia penal, quase sempre ativada por estereótipos, preconceitos e outras

desresponsabilizasse o sujeito por suas escolhas. Este dilema contemporâneo implica em sublinhar a necessidade de que o sujeito ao enunciar uma proposição - se há enunciação e não mero despejar de enunciados - possa lembrar-se de sua categoria de sujeito e não de mero aplicador universal da norma. Esse é o desafio contemporâneo, ao mesmo tempo dialogar com as tradições e os fenômenos da globalização e transnacionalidade, mantendo o caráter garantista do Sistema de Controle Social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na Mundialização**: a nova revolução do Direito. Trad. Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado**. Trad. Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Presença, s.d. 3a Edição.

ANDERSON, Perry. Além do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (org.). **Pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o estado democrático. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

ARBEX JR, José; TOGNOLLI, Claudio Julio. **O século do crime**. São Paulo: Boitempo, 1998.

AVELÃS NUNES, António José. A Constituição Européia. A constitucionalização do neoliberalismo. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (org.). **Diálogos Constitucionais**: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AVELÃS NUNES, António José. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BADIOU, Alain. **De um desastre obscuro**: sobre el fin de la verdad de Estado. Buenos Aires: Amorrortu, 2006.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)Forma do Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

idiosincrasias pessoais, por sua vez desencadeados por indicadores sociais negativos de pobreza, desemprego, marginalização etc. Conhecer as premissas ideológicas do poder punitivo é condição para reduzir a repressão seletiva do Direito Penal, mediante prática judicial comprometida com o valor superior da democracia.”

- BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.
- BATISTA, Nilo. Justiça e linchamento. In: **Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, n. 12, p. 163-166, 2002, p. 166.
- BAUMAN, Zygmunt. **Archipiélago de excepciones**. Buenos Aires: Katz, 2008.
- BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.
- BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BIZZOTTO, Alexandre. **A inversão Ideológica do Discuso Garantista**: A subversão da finalidade das Normas Constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do Sistema Penal. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2009.
- BORÓN, Atilio. A Sociedade Civil depois do dilúvio neoliberal. In: SADER, Emir; GENTILLI, Pablo. (orgs.). **Pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p. 91-93.
- BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Trad. Maria Lucia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.
- CASTEX, Paulo Henrique. Os blocos econômicos como sociedade transnacional: a questão da Soberania. IN: BORBA, Paulo Casella. **MERCOSUL**: Integração Regional e Globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- CHOSMKY, Noam. **A Política Externa dos Estados Unidos da Segunda Guerra Mundial a 2002**. Trad. Paulo Alves de Lima Filho. São Paulo: Movimento Consulta Popular, 2005.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2002.
- CUNHA MARTINS, Rui. **O método da fronteira**. Coimbra: Almedina, 2008.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

EZCURRA, Ana María. **¿Qué es el Neoliberalismo?** Evolución y límites de un modelo excluyente. Buenos Aires: Lugar, 2007.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade.** Trad. Luciana Carli. São Paulo: Abril, 1984.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Free to Choose: a personal statement.** Orlando: Harcourt Books, 1990.

FURTADO, Celso. **Raízes do Subdesenvolvimento.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método.** Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 949.

GAUER, Ruth M. Chittó. **A qualidade do Tempo: para além das aparências históricas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GRAMSCI, Antônio. **Cadernos do Cárcere.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

HAYEK, Friedrich A. **Democracia, Justicia y Socialismo.** Trad. Luis Reig Albiol. Madrid: Union, 2005.

HAYEK, Friedrich A. **Direito, Legislação e Liberdade: Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política.** Trad. Ana Maria Capovilla et al. São Paulo: Visão, 1985.

HAYEK, Friedrich A. **Principios de un orden social liberal.** Trad. Paloma de la Nuez. Madrid: Unión Editorial, 2001.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo.** Madrid: Civitas, 2003.

JOBIM, Augusto. **Violência e Processo Penal: crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder de punir.** Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2008.

KLEIN, Naomi. **A doutrina do Choque: A ascensão do capitalismo do desastre.** Trad. Vania Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso sobre a servidão voluntária**. Trad. J. Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LYRA FILHO, Roberto. **A Filosofia Jurídica nos Estados Unidos da América**: Revisão Crítica. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1977.

MARCEILINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus, 2009.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo: o direito na infância. In: **Anais do Congresso Internacional de Psicanálise e suas conexões**: Trata-se uma criança. Rio de Janeiro, Tomo II, p. 225-238, 1999.

MEAD, Walter Russel. **Poder, terror, paz e guerra**: os Estados Unidos e o mundo contemporâneo sob ameaça. Trad. Bárbara Duarte. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

MEIER, Julio. Estado Democrático de Derecho, Derecho Penal y procedimiento penal. In: **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul/dez/2008, p. 11-39.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal. In: **Direito e Neoliberalismo**: Elementos para uma Leitura Interdisciplinar. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (et alii). Curitiba: EdIBEJ, 1996.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Manifesto contra os juizados especiais criminais: (uma leitura de certa 'efetivação' constitucional. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Constitucionalizando direitos**: 15 anos de constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do medo**: reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: Método, 2003.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. A Forma e a Força da Lei – Reflexão sobre o Vazio. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (org.). **Direito e Psicanálise**: interseções a partir de 'O Estrangeiro' de Albert Camus. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

- POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. New York: Aspen, 2003.
- POSNER, Richard A. **Law and Legal Theory in the UK and USA**. New York: Oxford University Press, 1996.
- POSNER, Richard A. **Law and Literature**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- POSNER, Richard A. **Overcoming Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.
- POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- POSNER, Richard A. **The Little Book of Plagiarism**. New York: Phatheon, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas**. O caso Português. Porto: Afrontamento, 1996, p. 29.
- SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SILVA SANCHES, Jesús María. **Eficiência e Direito Penal**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.
- SLOTERDIJK, Peter. **Regras para o parque humano**: uma resposta à carta de Heidegger sobre o humanismo. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Estação Liberdade, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência Política e Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida; LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana; SOUZA, Luciano Anderson de; SILVA, Luciano Nascimento. (orgs). **Repressão Penal e Crime Organizado**: Os novos rumos da política criminal após o 11 de setembro. São Paulo: Quartie Latin, 2009.
- VIANNA, Túlio. **A Transparência Pública, Opacidade Privada**: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade do controle. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- VIRILIO, Paul. **Ciudad pánico**: el afuera comienza aquí. Trad. Iair Kon. Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2006.

- VIRILIO, Paul. **El ciber mundo**, la política de lo peor. Trad. Mónica Poole. Madrid: Catedra, 1999.
- VIRILIO, Paul. **El procedimiento silencio**. Trad. Jorge Fondebrides. Buenos Aires: Paidós, 2005.
- VIRILIO, Paul. **La bomba informática**. Trad. Mónica Poole. Madrid: Catedra, 1999.
- VIRILIO, Paul. **Velocidad y Política**. Trad. Víctor Goldstein. Buenos Aires: La Marca, 2006.
- WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Trad. Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- WAINWRIGHT, Hilary. **Uma resposta ao Neoliberalismo**: argumentos para uma nova esquerda. Trad. Angela Melim. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Vol. 2. Brasília: UNB, 1999.
- WERNECK VIANNA, Luiz. **Esquerda Brasileira e Tradição Republicana**: Estudos de conjuntura sobre a era FHC-Lula. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- ZAFFARONI, Eugénio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- ZIZEK, Slavoj. **Amor sin piedad**: hacia una política de la verdad. Trad. Pablo Marinas. Madrid: Síntesis, 2004.
- ZIZEK, Slavoj. **Arriesgar lo Imposible**: Conversaciones con Glyn Daly. Trad. Sonia Arribas. Madrid: Trotta, 2004.
- ZIZEK, Slavoj. **Beinvenidos al desierto de lo Real**. Trad. Cristina Vega Solís. Akal, 2005.
- ZIZEK, Slavoj. **Elogio da Intolerância**. Lisboa: Relógio D'Água, 2006, p. 14-16.
- ZIZEK, Slavoj. **Interrogating the Real**. New York: Continuum, 2006.
- ZIZEK, Slavoj. **Irak**: la tetera prestada. Trad. Luis Álvarez-Mayo. Madrid: Losada, 2006.
- ZIZEK, Slavoj. **La Revolución Blanda**. Buenos Aires: Buenos Aires: Parusia, 2004.
- ZIZEK, Slavoj. **Las metástasis del goce**: seis ensayos sobre la mujer y la causalidad. Trad. Patrícia Wilson. Buenos Aires: Paidós, 2005.

ZIZEK, Slavoj. **Mirando al sesgo**: una introducción a Jacques Lacan a través de la cultura popular. Trad. Jorge Piatigorsky. Buenos Aires: Paidós, 2004.

ZIZEK, Slavoj. **The Indivisible Remainder**. New York: Verso Books, 2007.

ZIZEK, Slavoj. **The Univesal Exception**. New York: Continuum, 2006.

ZIZEK, Slavoj. **Visión de paralaje**. Trad. Marcos Mayer. Buenos Aires: Fundo de Cultura Económica, 2006.

FUNDAMENTOS DE DIREITO TRANSNACIONAL⁶⁷

Maurizio Oliviero⁶⁸

Paulo Márcio Cruz⁶⁹

1. PARA COMEÇAR

A análise do contexto jurídico global constitui, hoje, um ponto de partida comum e imprescindível o qual toda a pesquisa jurídica é forçada a enfrentar. Tal exigência metodológica e axiológica é, contemporaneamente, causa e consequência da progressiva perda de centralidade dos sistemas jurídicos estatais na regulação das relações, seja do direito público seja do direito privado⁷⁰.

Durante toda a fase seguinte à Paz da Westfalia (ou seja, durante as duas fases da modernidade) o direito foi progressivamente visto como um aparato tipicamente estatal, fruto exclusivo do monopólio da força sobre a qual a soberania encontrava fundamento. Na medida em que a *ratio* do direito consistia em “projetar” os comportamentos dos consorciados, era evidente o papel fundamental que isto representava enquanto instrumento de governo de um modelo (quase sempre constitucionalizado) de “vida social” no qual as relações interindividuais não podiam prescindir das fronteiras do Estado.⁷¹

⁶⁷ O presente trabalho é fruto das reflexões e debates efetuados pelos professores doutores Paulo Márcio Cruz e Maurizio Oliviero durante a estada do segundo na UNIVALI, no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI, cursos de Mestrado em Doutorado, como professor estrangeiro visitante, com bolsa CAPES, de março de 2011 a setembro de 2012.

⁶⁸ Doutor em Direito e Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Perugia. Titular das disciplinas de Direito Público Comparado e Direito Islâmico. Professor visitante com bolsa CAPES no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – Cursos de Mestrado e Doutorado, professor visitante e pesquisador em diversas universidades (Columbia University, Al-Quds de Jerusalém e Heidelberg, Alemanha – Max Planck Institut e Universidade de Alicante na Espanha. Embaixador do Programa Erasmus para a Itália. (oliviero@unipg.it).

⁶⁹ Pós-Doutor em Direito do Estado pela Universidade de Alicante, na Espanha, Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina e Mestre em Instituições Jurídico-Políticas também pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Coordenador e professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em seus programas de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica. Foi Secretário de Estado em Santa Catarina e Vice-reitor da UNIVALI. É professor visitante nas universidades de Alicante, na Espanha, e de Perugia, na Itália. (pcruz@univali.br).

⁷⁰ FRIEDMAN, Lawrence M. Borders: On the Emerging Sociology of Transnational Law. *Stanford Journal of International Law*, v. 32, 1996, p. 65.

⁷¹ MATTEI, Ugo; LUCARELLI, Alberto, MARCOU, Gérard. *Il diritto pubblico tra crisi e ricostruzione*. Roma: Deastore, 2009.

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

Todavia, mais do que falar de “superação” do direito estatal, prefere-se falar de sua “transformação” que encontra explicação na hegemonia exercida, sobretudo pelo fator econômico no âmbito do raciocínio jurídico. Há, sem dúvidas, novos tipos de poder transnacionais que não são limitados por qualquer tipo de direito com um mínimo de eficácia.⁷²

Atualmente é quase lugar-comum apontar como a capacidade dos sistemas jurídicos estatais de produzir o próprio direito em forma absoluta se está gradualmente redimensionando, reformulando a própria categoria histórica da soberania nacional na direção de uma definição conceitual ainda de híbrida configuração. Isso acontece, também, porque, as próprias opções políticas abertas às maiorias parlamentares encontram-se sempre mais circunscritas à constante cessão de soberania à “comunidade inter (ou trans) nacional”, principalmente através de instituições como o Fundo Monetário Internacional, a ONU e suas agências e mesmo as grandes corporações transnacionais privadas que antes eram denominadas multinacionais, que torna algumas opções políticas impraticáveis, a não ser forçando as barreiras de uma espécie de “estado de necessidade econômica” produzido pela influência irresistível desses grandes grupos econômicos de significância mundial transnacional que, como sabemos, são muito mais poderosos que muitos Estados e capazes de modificar as características estruturais das próprias democracias contemporâneas. Tais grupos, efetivamente, não apenas dominam quase toda a cena política mundial, mas também capturam as suas legislações, condicionando-as, em nome das exigências de mercado e de desenvolvimento.⁷³

Não é irrelevante o fato de que hoje, das primeiras cem economias mundiais, menos da metade são Estado, visto que 53 empresas multi – ou trans - nacionais têm faturamento

⁷² MATTEI, Ugo. **La legge del più forte**. San Casciano: Libro Co, 2010.

⁷³ BARCELLONA, Pietro, **Il declino dello Stato**. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno. Bari: Dédalo: 2006.

mais significativo do que o PIB de aproximadamente cento e cinquenta Estados do mundo⁷⁴. Tomados em conjunto, todos estes sujeitos – as empresas multi – ou trans - nacionais exercem um evidente papel de produção normativa, direta e indireta, tornando difícil sustentar, se não com argumentos totalmente formalistas, que estes não sejam verdadeiros legisladores. A esses exemplos de direito imposto ou “heterodirigido” em determinados setores pode-se incluir muitos outros, menos formais, mas mais sutis e, talvez, até mesmo mais persuasivos.

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

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

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

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

⁷⁴ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Il saccheggio**. Regime di legalità e trasformazioni globali. Milano: Bruno Mondadori, 2010.

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

Esse novo paradigma jurídico⁷⁵ permeia os tecidos normativos estatais, utilizando os canais que a própria globalização cria (*in primis* aqueles econômicos e judiciários) e subtraindo soberania às instituições “tradicionais”.⁷⁶ É a “linguagem dos interesses”, portanto, a fazer com que a fronteira entre *hard Law* (Constituição, leis, etc.) e *soft Law* (antecedentes judiciários, “programas de ajuste estrutural das finanças do Estado”, etc.) se torne sempre mais sutil e irrelevante⁷⁷. A linguagem normativa transnacional se declara mais como motor de “convergências” e de “diálogos” que de diferenças: a retórica do cosmopolitismo esconde a conotação imperativa do direito global, aproveitando-se da ausência de um aparato de poderes públicos ao qual atribuir a função coercitiva e da presumida posição de igualdade dos sujeitos jurídicos. Caso se deixa de pensar ao direito segundo o esquema formal no qual foi representado a partir da época moderna e, ao contrário, examina-se o seu conteúdo com uma abordagem pragmática, ficará evidente que

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

⁷⁶ Sobre isso ver CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, G. R. **Soberanía y transnacionalidad: antagonismos y consecuencias** - (Barcelona - Revista de Derecho - España. Revista de Derecho vLex, v. 63, p. .1-, 2008.

⁷⁷ MOSTACCI, Edmondo. **La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato**. Torino: CEDAM, 2010.

é no nível global que “a partida constituinte” é jogada. É para além dos limites do Estado que devem ser procuradas as “práticas comuns” que possam definir a nova esfera pública capaz de contrastar o tecnicismo da governança fundada na integração mercantil.

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

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

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

2. NOSSAS REFLEXÕES

Partindo-se, portanto, das premissas acima declinadas e da hipótese de que as profundas mudanças ocorridas com a globalização solaparam de maneira irreversível, as bases teóricas do Estado Constitucional Moderno, com sua pretensão de soberania, o que se objetiva é contribuir com reflexões iniciais destinadas ao necessário debate para a formação da base conceitual e de caracterização para a categoria Direito Transnacional.⁷⁸

⁷⁸ Trata-se também de um esforço teórico desenvolvido na construção das bases epistemológicas que estão sendo adotadas no Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Univali (www.univali.br/ppcj), tanto em sua área de concentração, denominada CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E PRODUÇÃO DO DIREITO, quanto em uma de suas linhas de pesquisa intitulada ESTADO E TRANSNACIONALIDADE.

Para que se abra o debate sobre essa categoria, é fundamental considerar que a liberalização do mercado mundial, como escreve Habermas, progrediu muito. A mobilidade do capital acelerou e o sistema industrial foi modificado, saindo da produção de massa e passando a se adequar às necessidades da “flexibilidade pós-fordista”. Com os mercados cada vez mais globalizados, o equilíbrio alterou-se prejudicando claramente a autonomia e a capacidade de ação político-econômica dos estados constitucionais modernos⁷⁹.

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

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

Um dos primeiros pesquisadores modernos a utilizar esse termo foi Philip Jessup em sua obra denominada **Transnational Law**⁸⁰, em 1965, na Universidade de Yale. Nessa obra, Jessup tenta tratar dos problemas aplicáveis à comunidade mundial interrelacionada, que principia com o indivíduo e alcança a sociedade de estados. Por considerar que a comunidade mundial estava criando laços cada vez mais complexos, esse autor entendia que a expressão Direito Internacional estaria superada e já não atendia às exigências conceituais da nova época que se desenhava.⁸¹ Nesse sentido, consignou que utilizaria o termo Direito Transnacional para incluir todas as normas que regulassem atos ou fatos que transcendessem fronteiras nacionais.⁸²

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

⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Tradução de Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001. p. 99.

⁸⁰ JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965. p. 12.

⁸¹ Para Jessup o Direito Transnacional inclui todo o direito que regula ações ou eventos que transcendem fronteiras nacionais. Tanto o Direito Internacional Público quanto o Privado estão incluídos, assim como estão outras regras, que não se encaixam perfeitamente nessas categorias usuais.

⁸² JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965. p. 12.

A proposta de Jessup gerou grande repercussão na academia norte-americana. Ainda hoje se encontram programas de estudos e publicações especializadas que empregam o termo “Transnational Law”, no sentido abrangente por ele concebido, como por exemplo o **Columbia Journal of Transnational Law**. Merece também registro, a terminologia, que identifica o Direito Transnacional à nova *lex mercatoria*, a regulação privada das transações internacionais por modelos contratuais e práticas comerciais consolidadas.⁸³

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

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

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

É também o fenecimento do conceito clássico da categoria Nação, na linha adotada por Ernest Gellner⁸⁴, em sua obra **Naciones y Nacionalismos**. É uma crise da denominada Nação Jurídica, formada a partir da Nação Cultural e da Nação Política, como tratada por Gellner em sua obra.

O debate sobre o Direito Transnacional justifica-se, então, principalmente no fato de que o Direito Nacional e o Direito Internacional – mesmo considerando a criação de novas estruturas e organizações interestatais – não geraram mecanismos eficazes de governança, regulação, intervenção e coerção para as demandas transnacionais. Também o Direito

⁸³ STRENGER, Irineu. **Direito do comércio internacional e *lex mercatoria***. São Paulo: LTR, 1996. (Disponível em: <<http://www.transnational-law.net/>>)

⁸⁴ GELLNER, Ernest. **Naciones y nacionalismos**. Madrid: Alianza, 1997. p.62.

Comunitário, que regula uma das manifestações da nova ordem mundial, caracterizada por novas relações e novas manifestações de atores e instituições, não apresenta bases teóricas suficientes para a caracterização de um ou mais espaços públicos transnacionais.

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

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

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

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

Esse “mundo novo” criado pela transnacionalização das relações de poder, impulsionado por organizações transnacionais privadas, sugere ainda que haja a Implantação gradativa de instrumentos de democracia transnacional, participativa, deliberativa e solidária. Desde o colapso da União Soviética, observou-se um importante processo gradativo de adoção de democracias liberais capitalistas em quase todas as partes do mundo. Mesmo a chamada Primavera Árabe pode ser inserida neste movimento.⁸⁵

Outro aspecto importante a ser discutido deve ser a capacidade do Direito Transnacional de ser aplicada coercitivamente, como característica fundamental, a fim de garantir a imposição dos direitos e deveres estabelecidos democraticamente a partir do

⁸⁵ Sobre o isso recomenda-se a leitura de OLIVIERO, Maurizio. *Il costituzionalismo dei paesi arabi*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.

consenso, superando, assim, uma das principais dificuldades de atuação do Direito Nacional e, principalmente do Direito Internacional.

Esses elementos de discussão sugerem que a utilização do prefixo *trans* indique que o Direito Transnacional estaria destinado a perpassar vários estados/territórios. Denotaria ainda a capacidade não apenas da justaposição/transposição de espaços territoriais, mas a possibilidade da emergência de novas instituições multidimensionais, objetivando a produção de respostas satisfatórias aos fenômenos globais contemporâneos, principalmente na limitação e “republicanização”⁸⁶ dos novos poderes deles surgidos.

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

Diversamente da expressão *inter*, a qual sugere a idéia de uma relação de diferença ou apropriação de significados relacionados, o prefixo *trans* denota a emergência de um novo significado construído reflexivamente a partir da transferência e transformação dos espaços e modelos nacionais. É como Ulrich Beck manifesta-se, ao escrever que a transnacionalização é uma conexão forte entre os espaços nacionais, inclusive de modo que não seja pensado internacionalmente, e sim no surgimento de algo novo, de um espaço transpassante, que já não se encaixa nas velhas categorias modernas.⁸⁷

Desde esse ponto de vista, Arnaldo Miglino, em artigo denominado **Una Comunità Mondiale Per la Tutela Dell’Ambiente**⁸⁸, afirma que existe um problema que provavelmente levará á criação de centros de poder transnacional que superem a ideologia e a estrutura jurídica das relações internacionais: o problema ecológico. Segundo ele, basta recordar como a emissão de gases estufa (dióxido de carbono, óxido nitroso, metano, perfluorcarbonetos, hidrofluorcarbonetos, hexafluoreto de enxofre) favoreceu o aquecimento climático, para compreender como é urgente salvar o equilíbrio ambiental.

⁸⁶ Sobre isso ver CRUZ, Paulo Márcio. **Sobre el principio republicano - About the republican principle** - (Barcelona - Revista de Derecho - Espanha. Revista de Derecho vLex, v. 63, p. 1-10, 2008.

⁸⁷ BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 100.

⁸⁸ MIGLINO, Arnaldo. **Una comunidade mondiale per a tutela dell’ ambiente**. Revista Archivio Giuridico, v. CCXXVII – Fascicolo IV – 2007, editada por Filippo Serafini, e publicada pela Mucchi Editore, em Roma, Itália.

Já o adjetivo “nacional” indica a existência de uma coletividade, que é algo mais que um mero agrupamento de indivíduos: supõe-se aceitar que esta coletividade tem características próprias, que justificam sua organização como Estado. O conceito de Nação como elemento formador do Estado consolidou-se na obra de Emmanuel Joseph Sieyès e na sua teoria do Poder Constituinte.⁸⁹

Os novos poderes transnacionais, presentes na nova ordem mundial, influenciada por diversos fatores decorrentes da intensificação do fenômeno da globalização, torna oportuna e necessária a discussão sobre o Direito Transnacional, que viabilize a democratização das relações entre estados fundada na cooperação e solidariedade com o intuito de assegurar a construção das bases e estratégias para a governança, regulação e intervenção transnacionais, como já referidos anteriormente. Nesse sentido Tomas Villasante⁹⁰ sugere que a “internalização” do Poder Público da modernidade provavelmente cederá passo ao processo para sua transnacionalização.

O Direito Transnacional poderá ver o outro não como oposto exclusivo e excludente, mas como elemento integrante da sua própria realidade. A “diferença” deixa de ser vista como algo destrutivo ou ruim, passando a ser vista como algo complementar, que define o universo em que nos encontramos.⁹¹

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

O Direito Transnacional, que seria destinado a limitar poderes transnacionais, estaria “desterritorializado”, sem uma base física definida, o que é uma das circunstâncias que molda o cenário transnacional, especialmente porque diz respeito ao aspecto além fronteira, pois não é o espaço estatal nacional e também não é espaço que está acima dele ou entre

⁸⁹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa (Qu'est-ce que le tiers état?)**. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

⁹⁰ VILLASANTE, Tomas. **Las Democracias Participativas**. Madrid: HOAC, 2003. p. 63.

⁹¹ BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 100.

eles. Está para todos eles ao mesmo tempo, ou seja, desvinculado da delimitação precisa do âmbito territorial em que o Direito Nacional tenta exercer soberania e tenta impor coercitivamente as suas leis.

A “desterritorialização” das discussões sobre o Direito Transnacional acontece em virtude da existência incontestada de estruturas de poder econômico, político, social e cultural transnacional descentrado, sem qualquer localização neste ou naquele lugar, região ou estado. Estão presentes em muitos lugares.⁹² Não obstante, nessas nossas reflexões, como já foi acima exposto, preferimos utilizar expressão “Direito Transnacional” num sentido mais restrito do que o empregado por Jessup, sem englobar outras formas de regulação além-fronteiras, como o Direito Internacional Público, e mais abrangente do que a *lex mercatoria*, vinculando-se a novos espaços de regulação que surgiriam com o Direito Transnacional.

Assim como o Direito emanado do Estado Constitucional Moderno foi formado a partir de normas jurídicas inter-relacionadas, – de forma que cada uma delas tivesse sentido com relação às demais, com o sistema determinando a posição e o significado de cada um de seus elementos, – o Direito Transnacional tenderia a agregar essa mesma lógica para ser um ordenamento jurídico que transpasse vários estados nacionais, com capacidade própria de aplicação coercitiva por uma estrutura organizativa transnacional.⁹³

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

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

⁹² IANNI, Octávio. **A sociedade global**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995. p. 23.

⁹³ Sobre este tema sugere-se a leitura de: CANARIS, Wilhelm – Claus. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002 e FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

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

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

a) Quanto ao seu *conteúdo*, o ordenamento jurídico transnacional seria a expressão de todas as nações jurídicas a ele submetidas.⁹⁴ Com isto pode-se teorizar que este ordenamento tenderia a refletir a vontade política de uma comunidade quanto a seus valores e objetivos essenciais, ou seja, as decisões básicas que confeririam unidade e coerência à sua organização. Estas decisões versariam sobre os valores nos quais se funda (como a questão ambiental, direitos humanos, paz mundial e solidariedade) e sobre a distribuição do poder social e político. O ordenamento jurídico transnacional tenderia a um reflexo da realidade material obtida através das decisões políticas dos estados e suas respectivas nações jurídicas. É esta realidade que torna possível falar em ordenamento jurídico transnacional ou Direito Transnacional;

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

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

O Direito Transnacional seria matizado pela necessidade da emergência de novos espaços públicos, que tornariam concretas e efetivas as estratégias transnacionais de

⁹⁴ Sobre isso ver a obra CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2003. P. 181 e seguintes.

governança, regulação e intervenção, e que resultariam em proteção a direitos transnacionais baseados em pauta axiológica comum, em especial os difusos.

O que foi articulado até aqui nos remete necessariamente, à discussão sobre a realidade mundial formada com a rede global e promovida pela hegemonia capitalista consolidada a partir de 1989, que permitiu o surgimento desse “mundo novo”, uma espécie de continente não investigado que se abre a uma terra de ninguém transnacional, a um espaço que perpassa o nacional e o local, para usar expressão próxima à utilizada por Ulrich Beck.⁹⁵ Isso pode ser percebido na relação dos estados para com as empresas multinacionais, o que acaba exigindo a emergência de um Direito Transnacional, por conta da persecução de uma pauta axiológica, que transita desde a questão ambiental até a luta pela ampla proteção e defesa dos direitos humanos.

Autores contemporâneos como Jean-Marie Guéhenno⁹⁶, vislumbram o advento da era global como o fenecimento do Estado Constitucional Moderno e, com ele, a insuficiência da democracia representativa e de boa parte da construção teórica sobre o Estado e o Direito da modernidade. Já não existem grandes decisões das quais possam derivar pequenas decisões, nem fronteiras das quais emanem regulamentos específicos. Assim como as comunidades não estão mais “contidas” na região, a própria região não está mais abarcada pelo estado. A crise do poder determinado espacialmente encontra, desse modo, sua expressão na busca por decisões. As decisões já não são mais tomadas de forma linear, no sentido de que cada corporação possui uma competência bem definida, mas sim se decompõem em diferentes fragmentos, e o tradicional debate político e as disputas sobre princípios e diretrizes, ideologias ou o ordenamento social se pulverizam. Isso é o fiel reflexo da fragmentação do processo de decisão, com a sua progressiva “desterritorialização” e “desestatização”.

Também é válido sugerir que o Direito Transnacional coabitará com o Direito Nacional - e não negaria a sua existência – e assim poderá se libertar da armadilha territorial e da soberania moderna. Essa nova percepção transformaria a norma e a organização do

⁹⁵ BECK, Ulrich. **La mirada cosmopolita o la guerra es la paz**. Barcelona: Paidòs, 2005. p. 97.

⁹⁶ GUÉHENNO, Jean-Marie. **El fin de la democracia: La crisis política y las nuevas reglas del juego**. Barcelona: Paidòs, 1995. p. 97.

Direito Transnacional na chave de uma redefinição e revitalização do político, não apenas como Estado, mas também enquanto Sociedade Civil.

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

3. PARA TERMINAR

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

Neste contexto de crise multidimensional, surge um cenário extremamente receptivo para a emergência de novas instituições políticas e jurídicas que sejam capazes de agregar e articular atitudes solidárias e cooperativas envolvendo as pessoas, instituições e estados na luta pela proteção de bens e valores imprescindíveis para assegurar a vida plena, duradoura e, portanto, sustentável, no planeta.⁹⁷

É também importante salientar que se está vivendo uma acelerada etapa de transição a novas formas de organização, em escala planetária. Nesse contexto, a globalização só terá sentido e será verdadeiramente universal se for capaz de estruturar e criar um conjunto de relações de um novo tipo, mais solidário, inclusivo e democrático, tendo em vista que nada foi construído pela humanidade sem um sonho ingênuo ou horizonte utópico de sentido. Uma espécie de “republicanização da globalização”, como já citado anteriormente⁹⁸.

Certamente que não se está pensando que será fácil tratar de um assunto com essa complexidade e capacidade de gerar polêmica. O que não se pode é continuar por mais

⁹⁷ BODNAR, Zenildo & CRUZ, Paulo Márcio. **A atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas ambientais** - São Paulo - Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Revista brasileira de estudos constitucionais, v. 5, p. 269-286, 2011. P. 272.

⁹⁸ CRUZ, Paulo Márcio. **Sobre el principio republicano - About the republican principle** - (Barcelona - Revisa de Derecho - Espanha. Revista de Derecho vLex, v. 63, p. 1-10, 2008.

tempo nesta “racionalidade irracional” na qual está mergulhado o mundo de hoje. Está-se diante de uma singular oportunidade histórica: configurar novos espaços públicos que possam ser aplicados além fronteiras e que incluam o local, o regional e o mundial. Espaços públicos que sejam sensíveis ao ser humano e propensos a dotar todas as pessoas de um mínimo de bem-estar e dignidade.

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

A existência do capitalismo transnacional e suas crises é uma realidade muito difícil de ser questionada, assim como é difícil negar a existência de uma nova produção integrada e de um novo sistema financeiro global. Como escreve Michel Bachelet⁹⁹, a menos que a sociedade mundial aperfeiçoe e, sobretudo, aplique as normas de uma solidariedade multissetorial à escala de todos os habitantes do planeta, populações inteiras desaparecerão pura e simplesmente pelos efeitos conjugados das doenças ligadas à desnutrição e dos jogos da economia mundial. Ou de uma “irresponsabilidade organizada”, expressão utilizada por Ulrich BECK.

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

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

⁹⁹ BACHELET, Michel. **Ingerência Ecológica: Direito Ambiental em questão**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, P. 68.

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

O capital transnacional exercita a sua autoridade política utilizando o aparato de cada Estado e através da transformação das organizações internacionais existentes, tais como as antigas instituições de Bretton Woods ou as agências do sistema das nações Unidas e utiliza também instituições mais recentes, como a Organização Mundial do Comércio. O capital transnacional passou, então, a converter o poder estrutural da economia global sobre os países e sobre as classes trabalhadoras, em cada estado, em influência política direta através do aparato capitalista transnacional.¹⁰⁰

Em contrapartida, os estados respondem às demandas do capital transnacional, mas não são capazes, por falta do necessário espaço público transnacional, de transformar em bem estar para a população a riqueza que circula todos os dias por entre suas fronteiras. O Estado não consegue regular o sistema de acumulação capitalista, e, assim, não cumpre suas funções sociais. Desta forma, não consegue absorver e responder às atuais demandas causadas pela sociedade de risco global. A crise econômica que derrete empregos por todo planeta é prova disso.¹⁰¹

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

A emergência de novas estratégias globais de governança transnacionais, baseadas num paradigma de aproximação entre povos e culturas, na participação consciente e reflexiva do cidadão na gestão política, econômica e social, poderá ser um projeto de

¹⁰⁰ O Fundo Monetário Internacional – FMI, por exemplo, quando impõe programas de ajuste estrutural que abrem um dado país para a entrada do capital transnacional, o que implica subordinação da força local de trabalho e na exploração de riquezas pelo capitalismo transnacional, está operando como instituição transnacional.

¹⁰¹ Sobre isso ver CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, G. R. **A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica** - Revista UERJ. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), v. 1, p. 1-23, 2011.

civilização revolucionário e estratégico de futuro, pautado na consciência crítica acerca da finitude dos bens ambientais e na responsabilidade global e solidária pela sua proteção, defesa e melhora contínua de toda a comunidade de vida e dos elementos que lhe dão sustentação e viabilidade.

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

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

REFERÊNCIAS

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

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

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

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2002.

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

BECK, Ulrich. **Qué es la globalización: falácias del globalismo, respuestas a la globalización**. Tradução de Bernardo Moreno y Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2004.

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

CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. **Soberanía y transnacionalidad: antagonismos y consecuencias** - (Barcelona - Revista de Derecho - Espanha. Revista de Derecho vLex, v. 63, p. .1-. , 2008.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

REAL FERRER, Gabriel. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**. Pamplona: Espanha, n. 1, 2002. p. 73-93.

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

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

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

DIRITTO COMPARATO E “CONTESTO NORMATIVO GLOBALE”

Jacopo Paffarini¹⁰²

PREMESSA

L’analisi del “contesto normativo globale” costituisce, oggi, un punto di partenza imprescindibile per comprendere le direzioni in cui si stanno evolvendo le categorie del diritto pubblico. La rilevanza del diritto derivante dagli accordi internazionali, così come dalle Corti e dall’insieme degli organi a cui essi danno vita, cresce in maniera proporzionale alla *progressiva riduzione dei costi e dei tempi necessari per gli spostamenti e per il contatto comunicativo* dovuta allo straordinario sviluppo e alla massiccia diffusione delle tecnologie telematiche e di trasporto.

Il processo di “apertura” degli ordinamenti nazionali è fortemente connesso al rinnovamento delle tecniche di produzione industriale (dal “fordismo” al “just in time” o “toyotismo”) e all’apertura generalizzata delle frontiere allo scambio economico. Il risultato più evidente, sotto il profilo geopolitico, è rappresentato dalla formazione di una serie di macroaree commerciali comprendenti diversi Stati nazione e dotate di un assetto di organi pubblici con compiti di coordinamento e di ravvicinamento delle normative: l’Unione Europea, il North Free Trade Agreement, l’Association of South-East Asian Nations e il Mercosur.

La nascita delle organizzazioni e del diritto sovranazionali, dunque, contraddistingue gli ultimi anni del XX secolo, mentre il nuovo millennio si è aperto all’insegna della rapida diffusione su scala planetaria della rete *internet* che generalizza l’accesso ad una comunicazione “istantanea” e permette di concepire per la prima volta il “globale” e il

¹⁰² Doutor em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia - Itália. Membro do Grupo Internacional de Pesquisa Corte, Doutrina e Sociedade Inclusiva: o impacto das fontes doutrinárias nas Cortes Superiores financiado pelo Ministério de Instrução, das Universidades e Pesquisa (Decreto n. 719/2012). Colaborador assistente na Cátedra de Direito Constitucional e Direito Público Comparado, de titularidade do Prof. Dr. Maurizio Oliviero, junto à Faculdade de Giurisprudenza de Perugia. Coorientador do módulo de Direito Transnacional no curso de Direito Público Comparado. Pesquisador Visitante do Instituto Max-Planck de Direito Público Comparado - Heidelberg (Alemanha).

“transnazionale” come *dimensioni di sviluppo* distinte da quella precedente, basata sul sistema delle “relazioni internazionali”¹⁰³. Il “progresso” (economico e scientifico *in primis*) diviene un interesse comune a tutta la comunità mondiale. La strategia per il suo conseguimento si articola nella lotta alla povertà ed alle politiche illiberali, in nome della dignità e dei diritti umani.

Le categorie giuridiche non sono immuni alla crescente interazione tra persone e Stati di differenti luoghi del pianeta: comunicazione “in tempo reale” e spostamenti sempre più rapidi e meno costosi, in primo luogo, si associano al superamento degli schemi classificatori del diritto civile e internazionale privato, aprendo la strada al ritorno del “diritto consuetudinario” mercantile (la c.d. *lex mercatoria*) nascente dalla prassi contrattuale adottata dalle più importanti *law firms*¹⁰⁴. Nella sfera pubblica, invece, l’epoca “globale” si differenzia dalle altre fasi storiche per la velocità con la quale correnti di pensiero, movimenti di opinione e stili di vita si diffondono e si radicano in luoghi in cui un tempo erano sconosciuti. Mentre, da un lato, la “narrazione” di una società cosmopolita stimola la ricerca di schemi e strumenti di “condivisione del territorio urbano” da parte di culture differenti¹⁰⁵; dall’altro, la diffusione dei fenomeni migratori¹⁰⁶ impone agli Stati il reciproco riconoscimento di un “nucleo” di diritti inviolabili che divengono, pertanto, “patrimonio di ogni essere umano”.

Questo processo incentiva la formazione di *nuovi spazi pubblici di confronto* che si estendono *oltre* le frontiere nazionali e interferiscono nel tradizionale monopolio statale in

¹⁰³ Vedi, BALDASSARRE, A. **Globalizzazione contro democrazia**. Roma-Bari: Laterza, 2002, p. 17-18: «ciò che è a-locale e a-nazionale come la Rete non può essere considerato una forma di internazionalizzazione».

¹⁰⁴ Una quantità oramai notevole di opere descrive questo processo, ovviamente utilizzando tratti e chiavi di lettura differenti. Per quanto riguarda il ritorno a forme di diritto consuetudinario nella finanza e nel commercio globali, si veda: GALGANO, F. **Lex mercatoria**. Bologna: Il Mulino, 2010; MARRELLA, F. La *lex mercatoria*: principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale, in **Trattato di diritto commerciale dell’economia**. Padova: CEDAM, 2003. Sullo sviluppo di nuove forme di *self-regulation* con aspirazione globale, si veda CASSESE, S. **Il diritto globale**. Giustizia e democrazia oltre lo Stato. Torino: EINAUDI, 2009; FERRARESE, M. R.. **Diritto sconfinato**. Inventiva giuridica e spazi nel nuovo mondo globale. Roma-Bari: Laterza, 2006; MOSTACCI, E. **La soft law nel sistema delle fonti**: uno studio comparato. Padova: CEDAM, 2008. Per un quadro più generale: cfr. PIZZORUSSO, A. **La produzione giuridica in tempi di globalizzazione**. Torino: Giappichelli, 2008. p. 26 e ss. Nell’ambito della dottrina straniera, molto rilevante è il contributo offerto da CRUZ, P. M.; STELZER, J. (organizadores). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

¹⁰⁵ Tra le più recenti ricostruzioni, cfr. CAMERLENGO, Q. **Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico**. Milano: Giuffrè, 2007.

¹⁰⁶ Sulla crisi del legame tra il cittadino ed il territorio statale e sullo sviluppo di nuove forme di migrazione di matrice diversa rispetto al passato, si rimanda a ATTALI, J. **L’homme nomade**. Parigi: Fayard, 2003.

materia di produzione e applicazione delle norme giuridiche¹⁰⁷. A titolo di esempio possono essere menzionati i vertici dei governanti dei paesi più importanti del pianeta (che, in base ai partecipanti, assumono il nome di “G8”, “G20”, ecc...); le conferenze internazionali relative ai sempre più urgenti temi ambientali (i c.d. *Summit della Terra*, iniziati con la Conferenza di Rio del 1992); le molteplici sedi di confronto istituzionale e non che hanno avuto ad oggetto la tutela dei diritti umani.

Il quadro giuridico uscente dall’insieme delle trasformazioni subite dalla sovranità statale disegna una situazione complessa, nella quale lo spostamento dal baricentro della produzione normativa dai Parlamenti nazionali agli “organismi comuni” rappresenta solo un aspetto, tanto decisivo quanto limitato. Il paradigma post-moderno, infatti, mette a dura prova la possibilità di inquadrare gli ordinamenti giuridici (statali e non) come “*self-contained regimes*”, ossia come complessi normativi che auto-definiscono il loro limiti *contenutistici* ed i *parametri ermeneutici* che presiedono l’interpretazione delle disposizioni in essi contenute.

Nel linguaggio dei giuristi, gli aggettivi “transnazionale” e “sovranaazionale” vengono entrambi utilizzati per descrivere il superamento della tradizionale “misura territoriale” del *potere normativo*: lo Stato. Tuttavia, mentre il “diritto sovranazionale” (come, ad esempio, quello dell’U.E. e delle altre macroaree politiche) mantiene un rapporto con i confini ed è pienamente riconducibile ad una certa area geografica, il termine “transnazionale” indica un “andare oltre” che si traduce in un collegamento tra luoghi non definibili *a-priori*¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Vedi CRUZ, P. M.; BODNAR, Z. *A Transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais*. CRUZ, P. M.; STELZER, J. (organizadores). **Direito e Transnacionalidade**. p. 64: «A “*desterritorialização do Direito Transnacional acontece em virtude da existência incontestada de estruturas de poder econômico, político, social e cultural transnacionais descentradas, sem qualquer localização neste ou naquele lugar, região ou estado*».

¹⁰⁸ Vedi FERRARESE, M. R. **Diritto sconfinato**. *Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*. Roma-Bari: Laterza, 2006, p. 25-26. L’A. delinea le differenze tra le due forme di produzione giuridica attraverso due metafore: «il *diritto sovranazionale* sta sul territorio come una macchia che si spande sul foglio, quando dell’acqua cade su una figura disegnata. In tal caso si creano due effetti [...]: i contorni del disegno diventano meno netti e talvolta si perdono, toccando anche figure vicine; al contempo il colore della figura disegnata, spandendosi, scolorisce, ossia diventa più chiaro, meno netto, ma anche variegato perché si mescola con i colori sottostanti ad altre figure, dando luogo a colorazioni miste. Il *diritto transnazionale* si potrebbe rappresentare attraverso la mappa mondiale dei collegamenti aerei: un’intricatissima sovrapposizione di traiettorie lineari, più o meno lunghe, spesso lunghissime, che collegano punti lontani e spesso lontanissimi di territori diversi e si intersecano variamente. E’ come se solo i punti di partenza e di arrivo tenessero collegate al terreno quelle linee, che per il resto navigano nello spazio. E’ da sottolineare come tale intreccio di linee non sia riconducibile a qualcosa di simile ad una ragnatela: non a caso, forse non si parla di “rete aerea”. Esso manca infatti di due aspetti propri della rete: sia dell’elemento della tessitura, più o meno fitta, che è tipico della ragnatela, sia di quel filo di contorno, che generalmente racchiude la rete e la rende una figura (sia pur temporaneamente) chiusa e conclusa. La mappa dei collegamenti aerei è un a struttura *sempre aperta a cambiamenti* e i punti di partenza e di arrivo possono cambiare continuamente»

Alla globalizzazione dei mercati e dei modelli di sviluppo è seguito l'emergere di nuovi temi nei discorsi della scienza politica e giuridica, condivisi progressivamente dalle differenti comunità di esperti a livello planetario. Il diritto transnazionale si connota per la capacità di promuovere *convergenze* e *dialoghi* piuttosto che diversità, pertanto, gli enunciati che lo compongono si candidano ad essere applicati a prescindere dalla nazionalità dei soggetti coinvolti, oltre che dal contesto territoriale in cui si colloca la fattispecie concreta. In altre parole lo «spazio della norma» coincide con il globo terrestre e la «comunità di riferimento» diviene l'intera umanità.

Lo sviluppo del diritto transnazionale sfrutta, pertanto, i canali (economici, informatici, ecc...) che la globalizzazione stessa crea per penetrare nel tessuto normativo degli ordinamenti nazionali, imponendone la rinnovazione. Ciò costituisce uno dei principali punti di forza e, allo stesso tempo, il principale limite di questa forma di produzione giuridica: esattamente come la globalizzazione non ha coinvolto tutti i campi della vita umana, gli enunciati normativi che operano oltre i confini statali, si raccolgono in una *pluralità di ordinamenti* la cui sfera d'intervento è circoscritta a determinati settori. Si può distinguere, infatti, una *lex mercatoria*, una *lex informatica* e una *lex sportiva* "globali", alle quali va affiancato il progressivo sviluppo di un'*etica transnazionale in materia di diritti umani*, riscontrabile nelle convergenze relative alla scelta degli argomenti interpretativi delle corti nazionali.

Il diritto transnazionale costituisce, pertanto, una particolare espressione della produzione normativa, i cui tratti caratteristici sono rappresentati dall'assenza di un "legame territoriale stabile", da un lato, e dal pluralismo sistemico, dall'altro.

In conclusione, si parla abitualmente di diritto transnazionale in due casi: in primo luogo, per indicare le ipotesi in cui un giudice liberamente decide di utilizzare formanti giuridici di altri paesi (*leges alii loci*) per interpretare il diritto vigente nel proprio (dialogo "orizzontale", ossia non necessitato da processi di integrazione sovranazionale tra stati); in secondo luogo, per indicare una produzione consuetudinaria (attualmente limitata alla materia commerciale, informatica e sportiva), la cui applicazione coinvolge i privati in assenza o in sostituzione di regole statali¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Cfr. PIZZORUSSO, A. **La produzione giuridica in tempi di globalizzazione**. p. 64-65.

Il primo profilo fa riferimento l'utilizzo di formanti¹¹⁰ giuridici stranieri (legislazione, giurisprudenza e dottrina) per definire il significato di una disposizione da applicare al caso concreto. Talvolta il richiamo è giustificato da "motivi di merito", ossia da una valutazione delle corti, compiuta in base a criteri di giustizia che i giudici stessi provvedono ad "estrarre" dal proprio ordinamento giuridico (spesso dal testo costituzionale). È il caso della giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti dei casi *Atkins v. Virginia* (2002), *Lawrence v. Texas* (2003) e *Roper v. Simmons* (2005), nei quali la maggioranza dei giudici sostengono l'opportunità di integrare la lettura dell'Ottavo Emendamento alla luce degli «*evolving standards of decency*» rinvenibili nelle legislazioni dei «paesi civili». Sullo stesso filone si colloca la giurisprudenza della Corte Costituzionale del Sudafrica, di recente istituzione, legittimata dall'art. 39 della Costituzione stessa a prendere in considerazione il diritto straniero quando lo ritenga opportuno «*to promote values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom*».

La citazione delle fonti straniere rappresenta una pratica che ha coinvolto diverse corti nel mondo e che diviene particolarmente significativa nelle controversie riguardanti la tutela dei diritti fondamentali. È evidente che, in questi casi, la trasformazione delle società occidentali in senso multiculturale impone il tema del rispetto delle minoranze e della pluralità di opinioni: in tal senso, nel lavoro di ridefinizione del contenuto delle tutele individuali, il diritto straniero e la giurisprudenza delle più autorevoli Corti occidentali rappresentano sia un'importante "fonte d'ispirazione" che una "prova" di come hanno funzionato concretamente determinate soluzioni giuridiche.

L'analisi dei modelli extrasistemici, sebbene sia spesso motivata dall'esigenza di diffondere una «cultura comune in materia di diritti umani», non costituisce, tuttavia, una pratica pacificamente accettata dalla dottrina europea ed anglosassone, nella misura in cui mette in discussione sia la certezza del diritto che la tenuta delle tradizioni giuridiche locali e la "sovranità normativa" dei Parlamenti nazionali.

¹¹⁰ «L'espressione *formanti*, utilizzata nella fonetica per qualificare lo spettro acustico di un suono vocalico, corrisponde a un concetto giuridico da tempo conosciuto nel diritto comparato, con cui si suole indicare l'insieme di regole di diritto e preposizioni che sono alla base della soluzione di un problema o della disciplina di un istituto o di un fenomeno giuridico, in un ordinamento dato e in un determinato momento storico», vedi SCARCIGLIA, R. **Introduzione al diritto pubblico comparato**. Bologna: Mulino, 2006, p. 56.

GIUDICI E COMPARAZIONE

Nella prassi giudiziaria il metodo della comparazione ha trovato spazio in condizioni ed in circostanze storiche differenti: attraverso un'analisi casistica è possibile cogliere il ruolo fondamentale svolto da questo strumento all'interno dei processi di "avvicinamento" delle normative nazionali verificatisi negli ultimi decenni.

La comparazione, infatti, presuppone l'esistenza di una pluralità di ordinamenti giuridici che vengono messi a confronto, o da cui si estraggono le norme che si desidera mettere a confronto, al fine di farne emergere le analogie e le differenze. *Tale risultato, poi, si presta ad utilizzazioni differenti a seconda di chi ha condotto l'analisi stessa.*

In primo luogo, la comparazione viene utilizzata dalla **dottrina** allo scopo di cogliere il significato e la finalità di concetti e istituti giuridici comuni a più ordinamenti, rendendo possibile una loro classificazione. E' tramite la comparazione degli ordinamenti costituzionali, ad esempio, che si sono potuti individuare gli elementi che contraddistinguono le differenti forme di governo e, di conseguenza, elaborare i criteri di identificazione che permettano di ricondurre ogni modello storico ad una categoria convenzionalmente stabilita. Più spesso i giuristi si servono della comparazione per lo studio del diritto nazionale: la comprensione degli istituti giuridici di diritto interno, infatti, può ricevere un contributo importante dal confronto con la normativa di istituti analoghi degli ordinamenti stranieri.

In secondo luogo, il metodo comparativo può venire in ausilio agli **organi parlamentari** dello Stato nello svolgimento delle proprie funzioni. Così le assemblee legislative o costituenti, nella misura in cui sono legittimate a creare "nuovo diritto", sono libere di cercare "ispirazione" nell'impianto normativo o costituzionale di altri paesi. Tra i numerosi casi che si potrebbero qui riportare, si osservi, ad esempio, la circolazione del modello di "controllo preventivo di legittimità costituzionale", di origine francese, il quale è stato mantenuto da diverse ex-colonie dopo il conseguimento dell'indipendenza. Ancora, si noti la somiglianza (in alcune disposizioni si potrebbe parlare di veri e propri trapianti) tra le previsioni del *Bill of Rights* e della Costituzione sudafricana del 1996 e quelle della Legge Fondamentale tedesca: emblematica, in tal senso, è l'affinità della formulazione degli artt. 22 della prima e 12 della seconda relativamente alla "libertà di lavoro".

In relazione all'uso della comparazione da parte dei **giudici**, invece, sono sorti una serie di problemi. L'istituzione giudiziaria, infatti, è stata concepita dal costituzionalismo moderno come l'organo chiamato a dare applicazione concreta alle formulazioni del diritto interno secondo il significato grammaticale da esse espresso (*criterio linguistico*), le finalità perseguite dal potere normativo (*criterio teleologico*) con riferimento alle restanti disposizioni "compatibili" dell'ordinamento giuridico (*criterio sistematico*). Pertanto, sebbene si è ormai distanti dai tempi in cui i giudici venivano definiti "bocca della legge", è evidente che utilizzando la comparazione il giudice allarga a sua discrezione lo spettro dei possibili significati che la formulazione in esame può assumere, con la possibilità di "forzare" i limiti imposti dai criteri ermeneutici previsti dall'ordinamento e quelli comunemente accettati.

Si è affermato a riguardo che «la comparazione costituzionale, quando viene trasferita dal piano dell'ispirazione e dell'ausilio nei processi di riforma a quello dei canoni di interpretazione e applicazione del testo costituzionale, "scardina" sia il "sistema Westfalia" e le gerarchie normative interne alla statualità che le consolidate certezze sul ruolo del giudice costituzionale e sui confini della sua attività interpretativa»¹¹¹. Per comprendere le ragioni di simili conclusioni, pare opportuno compiere un breve *excursus* in merito alla *ratio* dell'attività interpretativa e al ruolo che ricoprono i soggetti che la eseguono.

La *previsione* normativa è di regola seguita da un'*attuazione*, ossia da un comportamento conforme tenuto dal destinatario del comando, sia esso un organo dello Stato, la Pubblica Amministrazione, una persona fisica o giuridica. Il rapporto che passa tra la previsione e l'attuazione, tra la norma e il comportamento, non è mai un rapporto unico, ma si articola normalmente in più passaggi, attraverso i quali la formulazione viene progressivamente specificata. In altre parole, l'attuazione del comando giuridico presuppone necessariamente un'attività di interpretazione che, pertanto, potrà operare o sul versante della *formazione delle norme* (ad es. norme costituzionali che vengono specificate da norme ordinarie "di interpretazione autentica") o sul versante della loro *attuazione in senso stretto* (ad es. la decisione giudiziaria)¹¹².

¹¹¹ Vedi, RIDOLA, P. La giurisprudenza costituzionale e la comparazione. ALPA, G (a cura di), **Il giudice e l'uso delle sentenze straniere**. Modalità e tecniche della comparazione giuridica. Milano: Giuffrè, 2006, p. 24

¹¹² Cfr. PIZZORUSSO, A. **Corso di diritto comparato**. Milano: A. Giuffrè, 1983, p.10.

All'interno di questi passaggi si realizza la distinzione tra *diritto teorico* e *diritto vivente*, ovvero, tra disposizioni e norme. L'operatività del diritto, pertanto, trova nell'attività interpretativa il suo punto di maggior criticità: a ciascuna disposizione non necessariamente corrisponde una sola norma, poiché nessuna disposizione potrà essere tanto precisa da prestarsi ad una sola interpretazione¹¹³.

Quanto maggiore sarà la vaghezza linguistica delle formulazioni, tanto più l'interprete sarà legittimato ad andare "oltre il testo" e scegliere gli ulteriori criteri (storico, teleologico, sistematico, ecc...) in base ai quali definire il significato della formulazione. Uscendo dal tracciato semantico della previsione, dunque, si va incontro ad una serie di *riferimenti esterni*: l'operatore giuridico, sia esso un giudice o un giurista, sarà chiamato a dare valore all'uno piuttosto che all'altro nell'opera di ricostruzione della *ratio legis* e ciò, inevitabilmente, ricade sul risultato finale dell'interpretazione: la norma giuridica. È semplice dedurre, da tali premesse, che le disposizioni costituzionali contenenti dei principi o degli obiettivi programmatici producono i problemi più rilevanti sul piano dell'attuazione pratica. Nei casi in cui entrino in gioco principi diversi o diversi valori protetti dallo stesso principio i giudici saranno chiamati ad operare una "ponderazione", determinando quale tra essi, nel caso in esame, acquista una posizione di primazia.

Ritornando alle considerazioni fatte in apertura, risulterà ora evidente perché l'uso della comparazione nell'interpretazione delle norme costituzionali susciti i problemi a cui si è accennato: con essa l'interprete supera i limiti rappresentati dal sistema e dalla cultura giuridica nazionale, "creando" una nuova regolamentazione in base a riferimenti "esterni". La comparazione, infatti, allarga lo spettro di significati che può assumere la previsione normativa in quanto immette nel processo interpretativo contenuti e valori provenienti dalle tradizioni costituzionali di altri paesi.

Il problema diviene ancor più complesso quando ad utilizzare la comparazione sono le Corti Costituzionali (o le massime istanze giudiziarie dei paesi di *common law*), in quanto tale interpretazione, così come emerge dalla *ratio decidendi* della sentenza, è destinata ad assumere valore "*erga omnes*".

¹¹³ In questa sede, utilizzeremo il termine "disposizione" per indicare «ogni enunciato appartenente ad una fonte del diritto». Per "norma", invece, si intenderà «il suo contenuto di senso, il significato, che è una variabile dipendente dell'interpretazione». Vedi. GUASTINI, R. **Le fonti del diritto**. Milano: Giuffrè, 2010, p. 3

Ovviamente, occorre distinguere i casi in cui il ricorso alla comparazione sia *obbligatorio* dai casi in cui invece non lo sia. Vi sono, infatti, delle ipotesi in cui il giudice deve compiere tale operazione per poter decidere su di un caso concreto, ossia deve tener conto necessariamente di un altro ordinamento giuridico. In primo luogo, al di là dei tradizionali rinvii al diritto straniero operati in virtù del sistema di diritto internazionale privato, lo scenario giuridico a cui facciamo riferimento è quello “sovrnazionale”, il quale si è affermato in maniera progressiva a partire dal secondo dopoguerra con la proliferazione degli accordi internazionali e, in modo ancor più pregnante, con la nascita della Comunità Economica Europea. In secondo luogo, nelle tradizioni giuridiche occidentali è ormai riscontrabile una generale concordanza sul fatto che le fonti internazionali comportino un’integrazione del parametro di costituzionalità e che, pertanto, la legittimità della legislazione ordinaria interna *deve* essere valutata (anche) alla luce del contenuto delle disposizioni degli accordi stipulati dagli Stati. I processi di avvicinamento tra gli ordinamenti giuridici che si sono manifestati in seguito a queste due tendenze hanno profondamente influito tanto sul sistema delle fonti quanto sull’interpretazione delle norme costituzionali. Le fonti sovranazionali e internazionali, infatti, hanno complicato notevolmente l’interpretazione costituzionale nel giudizio di legittimità, aggiungendo ulteriori elementi di cui tener conto nel valutare la concreta operatività della norma. E’ accaduto così, ad esempio, che norme in precedenza ritenute conformi alle disposizioni costituzionali, venissero riconosciute illegittime a seguito dell’integrazione del parametro di giudizio con fonti provenienti da un ordinamento internazionale¹¹⁴.

Il diritto transnazionale, come si è visto, interessa un altro settore della fenomenologia giuridica: quello del “*libero impiego di modelli extrasistemici*”. Viene utilizzata questa espressione per distinguere i casi di cui si è appena detto da quelli in cui il richiamo del diritto straniero nell’attività interpretativa e di risoluzione delle controversie avviene in assenza di un qualsiasi “legame giuridico”, ossia in assenza di disposizioni del diritto interno che facciano riferimento a *quell’ordinamento*. Il diritto richiamato, pertanto,

¹¹⁴ Le sentenze della Corte Costituzionale italiana n.348 e 349 del 2007, costituiscono l’esempio più rilevante rispetto al modo in cui gli “obblighi internazionali”, di cui all’art.117 Cost., operano sull’interpretazione delle disposizioni della Carta fondamentale, integrando il parametro del giudizio di legittimità (nella fattispecie, l’art.42).

viene inteso come “straniero”, nel senso di estraneo e sconosciuto al contesto normativo di partenza.

DIRITTO TRANSNAZIONALE E COMPARAZIONE

Nei confronti del diritto transnazionale, la comparazione costituisce un “*prius logico*”: i “dialoghi” tra le corti e le comunità di esperti dei vari paesi, infatti, necessitano che diversi sistemi o istituti giuridici siano stati messi a confronto, al fine di evidenziarne la “compatibilità”, anzitutto rispetto ai principi ispiratori dell’ordinamento nazionale di partenza.

L’analisi del diritto straniero può essere motivata da diversi obiettivi. In prima approssimazione, si può osservare che la comparazione giuridica è stata praticata principalmente nella giurisprudenza relativa alla tutela dei diritti fondamentali, in riferimento a tematiche in cui si registra una certa sensibilità morale dell’opinione pubblica ed in cui, soprattutto rispetto ai paesi emergenti, si è trattato di adeguare i livelli di protezione locali agli standard consolidati nei paesi democratici. È opportuno osservare tuttavia che, sebbene in maniera meno frequente, il diritto straniero è stato oggetto di analisi anche in decisioni relative agli assetti di potere all’interno dello Stato (ad esempio, nella sent. 303/2003 della nostra Corte Costituzionale si è fatto riferimento ai principi del sistema federale tedesco). In queste ultime ipotesi, il diritto straniero è stato preso in considerazione quando risultava utile a gettare una luce empirica sulla controversia ed osservare come altri ordinamenti hanno affrontato uno stesso problema, nonché le conseguenze che si sono verificate nel caso in cui essi hanno adottato diverse soluzioni normative per lo stesso problema.

In definitiva, la comparazione può essere uno *strumento* del diritto transnazionale, ma quest’ultimo si differenzia dalla prima in quanto individua delle modalità ben precise di *produzione normativa*.

(segue) UTILIZZO DEI MODELLI EXTRASISTEMICI E PROCESSI DI DEMOCRATIZZAZIONE.

I principali casi di richiamo giudiziale del diritto straniero si sono verificati, storicamente, in occasione di transizioni dalla forma di Stato autoritaria a quella democratica. La pratica comparativa viene di regola legittimata dall'esigenza di armonizzare determinati settori della legislazione con i valori ed i principi emergenti dal nuovo assetto costituzionale. Infatti, in presenza di una "fase di passaggio" normalmente si dà luogo ad una riforma più o meno ampia dell'ordinamento e all'abrogazione delle precedenti norme divenute incompatibili con nuovi principi fondamentali dello Stato.

Per quanto ampio ed articolato sia il lavoro del legislatore, tuttavia, non potrà non lasciare in vita qualche norma divenuta illegittima alla luce del nuovo corso democratico intrapreso dal paese. Anzi, spesso è avvenuto che il legislatore, preferisse lasciare ai giudici di legittimità buona parte del lavoro di "pulizia". Ciò per motivi più vari, quali la presenza di forti attriti ideologici all'interno dell'assemblea legislativa e la conseguente incapacità di formare un accordo tra i gruppi parlamentari (come è stato per l'Italia) o, piuttosto, perché semplicemente si ritiene che tale compito potesse essere più efficacemente svolto da un organo creato appositamente per garantire la stabilità del regime costituzionale democratico. Un ultimo fattore che ha giocato spesso a favore del protagonismo dei giudici è rappresentato dalla sfiducia dell'opinione pubblica verso la classe politica del paese, la quale può verificarsi nei casi in cui, anche dopo la transizione, in Parlamento continuano a sedere personaggi che hanno collaborato con le istituzioni della precedente fase autoritaria.

Ai giudici di legittimità, quindi, è spesso spettato il compito di rimuovere gli "elementi di discontinuità" dal sistema normativo dando effettività all'assetto democratico dei poteri e dei diritti dei cittadini. Nel far questo, in maniera non infrequente, le Corti costituzionali, da un lato, hanno dovuto affinare i propri strumenti decisionali, ad esempio, ricorrendo all'emanazione di sentenze additive o interpretative (come la nostra Corte); dall'altro, hanno rivolto il loro sguardo verso le soluzioni adottate da altri paesi.

Consideriamo, ad esempio, quanto è avvenuto in Germania nei primi anni di vita della Repubblica Federale. Nella fase di transizione iniziata sotto la Legge Fondamentale di Bonn, scritta con la supervisione delle potenze Alleate vincitrici della guerra, il Tribunale Costituzionale ha avuto un'importanza notevole non solo per l'opera di pulizia

dell'ordinamento, ma anche, e soprattutto, per l'opera di mediazione svolta al fine di garantire l'effettività e l'accettazione del nuovo testo costituzionale.

Tra le decisioni più importanti in materia segnaliamo il caso *KPD* del 1956, in cui la Corte si ritrova a dover vagliare la legittimità dell'art. 21 c.2 della Costituzione tedesca che bandiva il partito comunista dalla Germania Occidentale. Nell'affermazione di apertura della motivazione della sentenza, si può leggere:

Non è una coincidenza che le democrazie liberali occidentali non abbiano previsioni, simili all'articolo 21 (2) della Costituzione [...]La logica costituzionale di tali democrazie [...] sta nel fatto che i cittadini sono liberi o, come per la Costituzione Italiana del 1947, perfino incoraggiati a formare partiti politici senza limitazioni, e che il rischio di un partito che si opponga all'ordinamento costituzionale esistente è consapevolmente accettato.

Il Tribunale tedesco, dunque, nel valutare la legittimità di una previsione limitativa di uno dei più importanti diritti politici ha ritenuto opportuno volgere uno sguardo all'esterno, nello specifico, ai paesi di tradizione liberale. Non riscontrando una disposizione simile all'art. 21 c.2 nelle Costituzioni dei paesi democratici, decide comunque di approfondire l'analisi. Ed osserva:

i recenti sviluppi hanno, tuttavia, mostrato che le libere democrazie possono ugualmente non ignorare i problemi pratici e politici derivanti dall'escludere dalla vita pubblica i partiti che siano ostili all'ordine costituzionale qualora la minaccia allo Stato raggiunga un certo livello di intensità. Le soluzioni non sempre sono uguali. Se l'ostilità verso l'ordinamento costituzionale può essere derivata con certezza dall'esperienza storica, i partiti potrebbero essere, a volte, già proibiti dalla costituzione stessa (come ad esempio il partito fascista in Italia); più spesso a parte interventi sanzionatori penalistici che sono limitati a casi estremi l'azione amministrativa contro i partiti ostili alla Costituzione viene autorizzata da statuti speciali o in base a poteri costituzionali generali. Così il partito comunista è stato proibito in Francia e in Svizzera nel 1939 e nel 1940 da regolamenti governativi. Negli Stati Uniti al partito è chiesto di registrarsi per consentire alle pubbliche autorità di controllare efficientemente le sue attività in quanto organizzazione sovversiva.

Dalla prassi amministrativa, dunque, emerge ciò che la Costituzione “non dice” e che consente al Tribunale di Karlsruhe di “salvare” il divieto costituzionale di costituzione del partito comunista. Alcuni hanno osservato come i giudici tedeschi in questa decisione sembrano utilizzare gli argomenti comparatistici con lo scopo di supportare soluzioni già maturate¹¹⁵, pertanto, gli “esempi stranieri” sarebbero riportati al solo fine di rafforzare e di provare la validità di un determinata soluzione normativa.

La giurisprudenza di legittimità della Germania del dopoguerra, ad ogni modo, rappresenta una fonte di studio molto interessante per l’utilizzo consapevole che il Tribunale compie del metodo comparatistico. Al di là delle numerose decisioni in cui i giudici hanno fatto ricorso a formanti extrasistemici, infatti, la comparazione viene, non solo praticata apertamente, ma addirittura elogiata dallo stesso Tribunale Costituzionale. Nel 1953 commentando il rapido ampliamento del diritto di famiglia da parte delle corti tedesche, il Tribunale include il diritto comparato nella lista di tecniche giudiziarie accettate e ben consolidate:

Le corti hanno ritenuto giustamente non essere loro compito ristrutturare completamente l’area del diritto del matrimonio e della famiglia.[...] hanno fatto uso di tecniche giudiziali conosciute e sperimentate, cioè l’interpretazione giuridica e il riempimento di lacune di diritto, anche con l’aiuto del metodo comparatistico, ed hanno preso in considerazione le richieste sostanzialmente unanimi a favore dell’uguaglianza di uomo e donna cruciale anche per gli scopi di interpretazione delle norme.

Per tornare a tempi più recenti, l’attuale tendenza della giustizia costituzionale sudafricana, può essere posta sullo stesso piano dell’esperienza tedesca, sebbene con alcune dovute precisazioni. Questo paese, uscito dal regime di *apartheid*, ha iniziato il suo cammino verso la democrazia nel 1993 con l’emanazione Costituzione transitoria (le cui disposizioni sono state in gran parte confermate nella Costituzione definitiva del 1996) ed ha guardato con grande attenzione all’esperienza tedesca del dopoguerra. La Corte Costituzionale ha svolto, anche in questo paese, un ruolo di fondamentale importanza: la fiducia dei costituenti verso quest’organo di garanzia è testimoniata dal fatto che essa è stata investita

¹¹⁵ Cfr. MARKESINIS, B; FEDTKE, J. **Giudici e diritto straniero**. La pratica del diritto comparato. Bologna: Mulino, 2009, p. 122-123.

del compito di vagliare la compatibilità della Costituzione del 1996 con i 34 Principi Costituzionali Fondamentali precedentemente codificati da un'assemblea multipartitica composta da un numero uguale di rappresentanti per ogni formazione politica accreditata.

La particolarità del Sudafrica rispetto alle precedenti esperienze di transizione democratica, tuttavia, è data dal fatto che il metodo comparatistico è stato addirittura costituzionalizzato all'art. 39 della Carta fondamentale (rubricato: *Interpretation of the Bill of Rights*). In esso si dispone che la Corte Costituzionale, nel processo di attribuzione di significato agli enunciati normativi del *Bill of Rights* «deve» promuovere i «valori di società aperte e democratiche», «deve» considerare il diritto internazionale pubblico (a cui tutti gli Stati sono vincolati) e «può» prendere in considerazione il diritto straniero. Si tratta, dunque, dell'unico testo costituzionale esistente che fa riferimento alla possibilità di richiamare fonti extrasistemiche nel procedimento di interpretazione-applicazione delle disposizioni in esso contenute.

La dottrina sudafricana e statunitense *in primis* motivano l'introduzione di tale previsione nella Costituzione del 1996 alla luce di tre ragioni principali. In primo luogo, la necessità di legittimazione internazionale dello Stato sudafricano dopo decenni di isolamento dovuto al regime di *apartheid* che aveva ignorato gli standard internazionali in materia di diritti umani. In secondo luogo, la ricerca di riferimenti internazionali capaci di coadiuvare l'opera di interpretazione di un testo costituzionale completamente nuovo. In ultimo, la consapevolezza che l'introduzione in Sudafrica del sistema di controllo di costituzionalità necessitava di un periodo di apprendimento giuridico culturale, magari, alla luce delle più importanti esperienze americane ed europee¹¹⁶.

Queste osservazioni ci permettono di capire come sia connaturale ad una fase di transizione costituzionale la necessità che i giudici di legittimità maturino una nuova cultura giuridica in armonia con il riformato assetto costituzionale. In tal senso, lo studio della giurisprudenza e delle normative dei paesi occidentali rappresenta per i giudici un aiuto notevole ai fini dello svolgimento delle funzioni che sono chiamati a ricoprire. L'influenza del diritto occidentale, tuttavia, non sempre risulta dalle sentenze delle corti: talvolta è presente

¹¹⁶ Cfr. DUGARD, J. International Law and the Final Constitution, in *S. Afr. J. Human Rights*, 1995, 11, 241-251; CARPENTER, G. The South African Constitutional Court: Tacking Stock of the early decisions, in *Human Rights & Const. L. J. South Afr.*, 1996, 1, 24-29.

soltanto in maniera “sottile” e “sfumata”, ad esempio, attraverso un vago riferimento alle prassi costituzionali degli “ordinamenti democratici” considerate sempre di più come una base indispensabile per la formazione di un’idea comune dei diritti dell’uomo.

(segue) HUMAN RIGHTS AND «EVOLVING STANDARD OF DECENCY»

Per completare il quadro è necessaria un’ultima considerazione. Fino a poco tempo fa si riteneva che il ricorso al diritto straniero, in assenza di vincoli internazionali, fosse una tendenza propria delle democrazie giovani e che essa, al contrario, divenisse recessiva nella fase matura delle esperienze di giustizia costituzionale. In altre parole, via via che le Corti si dotano di un apparato concettuale ed argomentativo autonomo, esse diventano sempre più autoreferenziali e si emancipano dalla comparazione.

In realtà recenti sentenze provenienti dalle più alte istanze giurisdizionali delle c.d. democrazie mature sembrano gettare un’ombra su queste convinzioni: sebbene si possa notare una rilevante diminuzione dell’uso della comparazione nelle esperienze che più sono state attive in questo versante (come quella del Tribunale Costituzionale tedesco) v’è tuttavia osservato che l’analisi del diritto straniero non è stata completamente abbandonata e sembra tornare in ausilio ai giudici soprattutto nelle controversie concernenti i c.d. diritti umani.

Si può approcciare un *excursus* a grandi linee citando alcuni esempi.

La giurisprudenza canadese, per iniziare, tuttora dimostra una tendenza a richiamare «i principi ed i valori comuni delle nazioni democratiche»: tale pratica può essere inquadrata nel *background* culturale misto del Canada che, a livello politico, è causa di molti disaccordi e promuove un approccio giurisprudenziale spesso favorevole alla protezione delle minoranze. In particolare, l’influenza più forte nelle decisioni delle Corti canadesi oggi sembra essere esercitata dal diritto statunitense, a cui esse si rivolgono per trovare ispirazione soprattutto all’indomani dell’introduzione della *Charter of Rights and Freedoms* (1983). Sullo stesso filone si colloca l’Inghilterra in cui diversi episodi di comparazione si sono verificati dopo l’approvazione dello *Human Rights Act* nel 1998. Addirittura la Corte Costituzionale italiana, che non ha mai manifestato particolare attenzione per le soluzioni giuridiche straniere, dopo

la revisione del Titolo V della Costituzione, ha ritenuto opportuno accostare il nuovo assetto dei rapporti fra legge statale e legge regionale alle esperienze del federalismo statunitense e tedesco, al fine di mettere in luce le analogie e le differenze con esse:

[...] limitare l'attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principi nelle materie di potestà concorrente, come postulano le ricorrenti, significherebbe bensì circondare le competenze legislative delle Regioni di garanzie ferree, ma vorrebbe anche dire svalutare oltremisura istanze unitarie che pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze [basti pensare al riguardo alla legislazione concorrente dell'ordinamento costituzionale tedesco (konkurrierende Gesetzgebung) o alla clausola di supremazia nel sistema federale statunitense (Supremacy Clause)]. Anche nel nostro sistema costituzionale sono presenti congegni volti a rendere più flessibile un disegno che, in ambiti nei quali coesistono, intrecciate, attribuzioni e funzioni diverse, rischierebbe di vanificare, per l'ampia articolazione delle competenze, istanze di unificazione presenti nei più svariati contesti di vita, le quali, sul piano dei principi giuridici, trovano sostegno nella proclamazione di unità e indivisibilità della Repubblica (sent. 303/2003).

L'uso della comparazione nell'interpretazione del testo costituzionale, tuttavia, non sembra aver provocato in Europa un acceso dibattito in dottrina, alla stregua di quanto accaduto, invece, negli Stati Uniti. Nella giurisprudenza della Corte Suprema dell'ultimo decennio, infatti, sembrano intravedersi importanti aperture alle soluzioni giuridiche straniere: la sentenza *Lawrence vs. Texas* del 2003, ad esempio, richiama, fra l'altro, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Sullo stesso piano, deve essere notato il richiamo, «generico ma significativo», agli orientamenti della legislazione delle nazioni civili («*evolving standards of decency*») che «segnano il progresso di una società che matura», in base ai quali i giudici della Corte Suprema, nella sentenza *Atkins v. Virginia* (2002), rilevano che l'esecuzione capitale di individui mentalmente ritardati costituisce una «pena crudele ed inusuale» e, pertanto, contraria all'Ottavo Emendamento. L'integrazione di questo parametro costituzionale alla luce degli «*evolving standards of decency*» porta, altresì, nella successiva decisione *Roper v. Simmons* (2005), all'abolizione della pena di morte nei confronti di persone risultate minorenni nel momento in cui il crimine è stato compiuto.

Queste decisioni hanno visto i giudici della Corte Suprema dividersi e intraprendere un'aspra polemica dottrinale rispetto al senso ed agli obiettivi dell'interpretazione costituzionale. Nei primi anni del 2000 si è assistito a vivaci dibattiti tra i magistrati bendisposti all'uso della comparazione (Stevens, Breyer, O' Connor) e quelli che invece hanno manifestato dubbi più o meno forti (Scalia, Rehnquist e Thomas). Il metodo

comparativo, come è già stato rilevato, è diretto a superare sia un approccio strettamente legato ai *testi*, che studia il solo “contesto semantico” e considera l’applicazione del diritto “un problema di linguistica”, sia l’orientamento che viene definito “*expressivism*”, il quale si differenzia dal precedente poiché sostiene che l’interpretazione debba tener conto della storia del paese e, pertanto, delle condizioni, politiche e sociali, che ne connotano l’impianto costituzionale. Queste due linee di pensiero, contrarie al richiamo a riferimenti normativi esterni, pur partendo da punti di vista differenti, precludono qualsiasi lettura comparativa del testo costituzionale per il pericolo che essa comporterebbe alle esigenze di certezza del diritto, da un lato, e alla tutela del patrimonio giuridico e culturale nazionale, dall’altro. Il metodo comparativo viene, pertanto, di volta in volta ricondotto ad una utopica visione cosmopolita della tutela dei diritti umani o, come nelle parole di Scalia, al tentativo di scardinare le basi concettuali di uno dei sistemi giuridici più avanzati del mondo.

Data la centralità di un organo come la Corte Suprema nell’assetto istituzionale degli Stati Uniti, il dibattito nato tra i giudici si è ben presto spostato sul piano politico. Ciò è avvenuto con la presentazione di una proposta al Congresso nel 2004, il *Constitution Restoration Act*, che imporrebbe il divieto di utilizzare fonti straniere nell’interpretazione della Costituzione per tutte le corti degli Stati Uniti, con l’unica, e peraltro, significativa eccezione del *common law* britannico. Questo progetto ha suscitato reazioni prevalentemente negative, a cui va aggiunto il monito del *Chief Justice* Rehnquist alla prudenza e le obiezioni di incostituzionalità fondate sull’alterazione dell’equilibrio fra i poteri del Congresso e delle istituzioni giudiziarie.

Prediamo uno dei casi concreti per osservare in che modo il diritto straniero ha ispirato le decisioni della Corte Suprema di cui si è detto sopra. Nel caso *Lawrence vs. Texas*, come già anticipato, viene in rilievo una legge di uno Stato membro che qualifica come reato il rapporto sessuale tra due persone dello stesso sesso. La Corte suprema, opera prima un *excursus* storico, evidenziando come nel 1961 tutti 50 gli Stati avevano dichiarato illegale la sodomia ma che, solo pochi anni prima, nel 1955, l’*American Law Institute* promulgò il *Model Penal Code* rendendo chiaro che non raccomandava né prevedeva pene per relazioni sessuali consensuali intrattenute in privato. La determinazione dell’*A.L.I.* fu motivata su tre livelli: (1) tali divieti minavano il rispetto della legge criminalizzando condotte tenute da

molte persone; (2) tali norme concernevano condotte private non dannose per i terzi e (3) tali norme erano imposte arbitrariamente e pertanto provocavano il pericolo di ricatti. Sulla base di queste considerazioni, le leggi in questione venivano spesso disapplicate o venivano applicate solamente nel caso in cui uno dei soggetti del rapporto fosse un minore.

La Corte passa dunque a prendere in considerazione la sua decisione più recente in materia: il caso *Bowers vs. Hardwick* (1986). In tale ipotesi era stata vagliata la legittimità, alla luce del XIV Emendamento della Costituzione americana che stabilisce i principi del giusto processo (*Due Process Clause*), di una normativa del Codice Penale della Georgia che puniva gli atti di sodomia. La Corte, allora presieduta dal giudice Burger, aveva “fatto salve” le disposizioni penali sostenendo che la disparità di trattamento fondata sull’orientamento sessuale dell’individuo avesse delle profonde radici storiche nel diritto federale.

Diciassette anni dopo, la Corte Suprema ritiene che siano maturati i tempi per un cambio di orientamento in materia di libertà sessuale e procede ad una nuova interpretazione della *Due Process Clause*:

Gli ampi riferimenti del Presidente Burger alla storia della civiltà occidentale e ai principi etici e morali Giudaico-cristiani non hanno tenuto conto di altre fonti che puntavano nell’opposta direzione. Una commissione, in un parere al Parlamento inglese, raccomandò nel 1957 di abrogare le norme contro l’omosessualità. Il Rapporto Wolfenden: Rapporto della commissione sui reati concernenti l’omosessualità e la prostituzione (1963). Il Parlamento concretizzò quelle raccomandazioni 10 anni dopo. Sexual Offences Act 1967, § 1. Di importanza ancora maggiore, quasi 5 anni prima che il caso *Bowers* fosse deciso, la Corte Europea dei diritti dell’Uomo prese in considerazione un caso simile sia al caso *Bowers* che al caso odierno. Un uomo maggiorenne residente nell’Irlanda del Nord dichiarò di essere un omosessuale praticante e che desiderava intrattenere rapporti sessuali consensuali. Le leggi dell’Irlanda del Nord gli precludevano quel diritto. Dichiarò di essere stato interrogato, che la sua casa era stata perquisita e che temeva di essere incriminato. La Corte decise che le norme che condannavano quella condotta erano contrarie alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo [*Dudgeon c. United Kingdom*, 45 CEDU (1981), p. 52]. La decisione avente valore in tutti i Paesi membri del Consiglio d’Europa (21 stati allora, 47 oggi) non è conforme alla premessa del caso *Bowers* ossia che l’azione proposta non era fondata alla luce della nostra tradizione occidentale.

La tecnica tipica della *common law*, ovvero la citazione del precedente giudiziario, questa volta fuoriesce dai confini nazionali e prende in considerazione, oltre al diritto inglese, un precedente della Corte Europea di Strasburgo del 1983. *Justice Kennedy*, infatti, critica apertamente l’operato del suo predecessore Burger, in quanto non aveva tenuto in debita considerazione i cambiamenti di costume ed i nuovi orientamenti di politica del diritto di cui la sentenza della Corte Europea era una chiara testimonianza. Come già detto,

la *querelle* che seguì la redazione di questa motivazione fu talmente aspra che portò poi alla presentazione di un progetto di legge, il *Constitution Restoration Act*, che proponeva una drastica risoluzione alla disputa, vietando alle Corti statunitensi qualsiasi riferimento al diritto straniero nell'interpretazione della Costituzione.

Per un quadro completo della vicenda, sembra opportuno richiamare le parole degli stessi giudici della Corte Suprema, a partire da quelli che si oppongono apertamente all'uso della comparazione. Il maggior esponente di questi, per anzianità e autorevolezza, è il giudice Scalia che nella sua *dissenting opinion* nel caso *Lawrence vs. Texas* afferma:

La legittimità costituzionale non viene ad esistere in virtù del fatto che alcuni Stati [membri] hanno scelto di attenuare o di eliminare le sanzioni penali di un certo comportamento. E tantomeno nasce, come sembra ritenere la Corte, perché nazioni straniere depenalizzano tali condotte. [...] La discussione della Corte su queste opinioni straniere [...] è quindi un'affermazione del tutto priva di significato. Un'affermazione pericolosa, tuttavia, perché questa Corte non dovrebbe imporre agli americani mode, tendenze o opinioni straniere.

Non si può fare a meno di notare, nelle parole di *Justice* Scalia, l'utilizzo di sostantivi quali «mode, tendenze, opinioni» per indicare la decisione di un'importante corte internazionale come quella di Strasburgo: è evidente che la sua presa di posizione, si associ ad una presunzione di autosufficienza, se non proprio di superiorità, del diritto americano.

LA PARABOLA DEL DIRITTO TRANSNAZIONALE

Rimane da chiarire quale ruolo può essere ascritto oggi al diritto transnazionale. Lo spazio progressivamente acquisito dalle organizzazioni globali della politica, della finanza e del commercio potrebbe far pensare ad un suo superamento a favore di forme più integrate e sistematiche di produzione giuridica: in questo senso, si è parlato di «diritto globale»¹¹⁷. Le risoluzioni dell'O.N.U., i piani di aggiustamento strutturale e le raccomandazioni del Fondo Monetario Internazionale e dell'Unione Europea, sottopongono agli occhi del giurista il problema della dissociazione tra la *forza* normativa che è ad esse attribuita sul piano della gerarchia delle fonti (in relazione alla quale vengono qualificate come “*soft laws*”) e l'*effettività* che esse invece esprimono sul piano dell'indirizzo politico e applicativo.

Il diritto transnazionale, come emerge da quanto detto sin qui, inizia la suo percorso nel secondo dopoguerra, con il moltiplicarsi delle occasioni di contatto e di relazione tra

¹¹⁷ Vedi, CASSESE. S. **Diritto Globale**. Giustizia e democrazia oltre lo Stato.

persone fisiche e culture prima isolate nel loro contesto nazionale. La ricerca della pace e la responsabilità assunta dai governi occidentali a rispettare i diritti dei propri governati¹¹⁸ sono stati i principali incentivi al superamento dei particolarismi nazionali e all'analisi del diritto straniero, sebbene ben presto osteggiati dalle tensioni tra le due maggiori potenze vincitrici che hanno portato due blocchi di nazioni a fronteggiarsi, per quasi 50 anni, in uno scenario di guerra più o meno aperta.

Il superamento del c.d. socialismo reale ha riportato al centro dell'attenzione il tema della pace mondiale e della lotta alla povertà. La crescita economica diviene l'obiettivo primario delle organizzazioni globali che la promuovono quale condizione necessaria per l'affermazione della democrazia nei paesi in via di sviluppo. Ciò spiega il motivo per cui il recepimento dei modelli occidentali di tutela delle situazioni giuridiche soggettive (*in primis*, la "riserva di giurisdizione") si è verificato a seguito dell'apertura delle frontiere al commercio e alle imprese dei paesi industrializzati¹¹⁹. La linea di pensiero delle istituzioni globali in materia è ben sintetizzata dal *World Bank Development Report* del 1999, nel quale viene affermato che «nessuno sviluppo equo è possibile se i diritti umani e i diritti di proprietà non sono salvaguardati e se manca un quadro giuridico adeguato».

Lo spazio giuridico globale, tuttavia, nonostante la crescente importanza assunta dalla *soft law* e dalle organizzazioni internazionali rimane privo di un'autorità centrale, un'istanza in grado di avocare a sé la definitiva risoluzione delle dispute. Per questo motivo esso continua ad essere dominato da un pluralismo sistemico, mentre le Corti (nazionali ed internazionali) si fanno interlocutori di un "dialogo" volto ad avvicinare gli standard di tutela previsti dai diversi ordinamenti.

¹¹⁸ Si ricordi che il secondo conflitto mondiale si chiude con la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, firmata a Parigi il 10 dicembre 1948 e che le nuove costituzioni di Italia e Germania esprimono un deciso disconoscimento dei precedenti governi autoritari e della loro ideologia in materia di rapporti tra Stato e cittadini.

¹¹⁹ Il processo di apertura delle frontiere richiede, normalmente, un periodo di riforme della legislazione civile e commerciale sotto l'egida e la supervisione degli organi di controllo dell'FMI e della Banca Mondiale. Su questo versante, la tattica di espansione del diritto occidentale oggi rimane identica a quella del secolo precedente: si ricordi, infatti, che la Banca Mondiale nasce nel 1945 in seno agli accordi di Bretton Woods con il nome di "Banca Mondiale per la Ricostruzione e lo Sviluppo" e aveva come finalità principale quella di coadiuvare gli Stati europei ed il Giappone nell'attività di risanamento delle economie stremate dallo sforzo bellico. Questo scopo è stato mantenuto e implementato in occasione dei processi di decolonizzazione degli anni '70, nei quali i beneficiari dei prestiti erano gli stati che acquistavano l'indipendenza, e torna ad emergere nella fase attuale, sulla spinta della crisi economica e delle forti tensioni che hanno portato ai mutamenti di regime nelle zone mediterranee ed asiatiche

La legge statale, dunque, rimane la fonte quantitativamente prevalente di produzione normativa perché non esiste (ancora) un'idea o un'opinione condivisa sul ruolo delle istituzioni comuni. Il contenuto tradizionale del concetto di "sovranità normativa", tuttavia, continua ad essere progressivamente ridotto dalla pratica comparativa dei giudici: la ricerca di "nucleo comune di diritti inviolabili" necessita ancora del diritto transnazionale.

BIBLIOGRAFIA

ATTALI, J. **L'homme nomade**. Parigi: Fayard, 2003.

BALDASSARRE, A. **Globalizzazione contro democrazia**. Roma-Bari: Laterza, 2002.

CAMERLENGO, Q. **Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico**. Milano: Giuffrè, 2007.

CARPENTER, G. The South African Constitutional Court: Tacking Stock of the early decisions, in **Human Rights & Const. L. J. South Afr.**, 1996

CASSESE, S. **Il diritto globale**. Giustizia e democrazia oltre lo Stato. Torino: EINAUDI, 2009.

CRUZ, P. M.; BODNAR, Z. A Transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais. CRUZ; P. M.; STELZER, J. (organizadores). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

CRUZ; P. M.; STELZER, J. (organizadores). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

DUGARD, J. International Law and the Final Constitution, in **S. Afr. J. Human Rights**, 1995.

FERRARESE, M. R.. **Diritto sconfinato**. Inventiva giuridica e spazi nel nuovo mondo globale. Roma-Bari: Laterza, 2006.

GALGANO, F. **Lex mercatoria**. Bologna: Il Molino, 2010.

GUASTINI, R. **Le fonti del diritto**. Milano: Giuffrè, 2010.

MARKESINIS, B; FEDTKE, J. **Giudici e diritto straniero**. La pratica del diritto comparato. Bologna: Mulino, 2009.

MARRELLA, F. La lex mercatoria: principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale, in **Trattato di diritto commerciale dell'economia**. Padova: CEDAM, 2003.

MOSTACCI, E. **La soft law nel sistema delle fonti**: uno studio comparato. Padova: CEDAM, 2008.

PIZZORUSSO, A. **Corso di diritto comparato**. Milano: A. Giuffrè, 1983.

PIZZORUSSO, A. **La produzione giuridica in tempi di globalizzazione**. Torino: Giappichelli, 2008.

RIDOLA, P. La giurisprudenza costituzionale e la comparazione. ALPA, G (a cura di), **Il giudice e l'uso delle sentenze straniere**. Modalità e tecniche della comparazione giuridica. Milano: Giuffrè, 2006.

SCARCIGLIA, R. **Introduzione al diritto pubblico comparato**. Bologna: Mulino, 2006.

A REDUÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL NACIONAL E A ASCENSÃO DO DIREITO GLOBAL! HÁ ESPAÇO PARA OS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS?

Márcio Ricardo Staffen¹²⁰

Desde o surgimento da Modernidade todo o pensamento voltado às ciências sociais e humanas dedicou-se, em maior ou menor proporção, ao estudo do Estado. Em linhas gerais, a área das ciências sociais aplicadas estiveram nuclearmente vinculadas ao Estado e suas caracterizações absolutas, liberais, sociais, democráticos, autoritários, socialistas até o renascimento do liberalismo (maturado na *Mont Pèlerin Society*) através de Hayek, Friedman, Thatcher, Reagan e outros.

Simultaneamente, à preocupação com o Estado ganhou espaço a atenção com o seu modelo constitucional. Ademais, toda reflexão sobre o Estado importa em análise da Constituição¹²¹ e, toda apreciação atenta da Constituição atinge a funcionalidade do Estado. Ocorre que os tempos presentes têm-se apresentado uma nova moldura ao Estado e à sua Constituição, sobre a qual sobre-existem determinadas estruturas mas, esquadrejadas sobre novos *standards*.

Ainda que a História não tenha chegado ao seu fim, conforme profetizou Francis Fukuyama¹²², certamente o Estado Constitucional em suas promessas liberais, sociais e democratas não foi adimplente, ao ponto de constituir mitologias jurídicas, nos dizeres de Paolo Grossi¹²³. Tanto na gramática, quanto na prática várias são as disposições constitucionais que se encontram à espera de satisfação ou, que de pronto foram revogadas em face da sua (suposta) impossibilidade.

¹²⁰ Doutorando em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia – UNIPG. Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Pesquisador do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor em cursos de Especialização – UNIVALI. Professor de Direito Constitucional e Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica – UNIDAVI. Advogado (OAB/SC). Coordenador da Escola Superior de Advocacia – ESA/OAB – Subsecção de Rio do Sul. Líder do Grupo de Pesquisa Direito, Constituição e Sociedade de Risco (CNPq). E-mail: staffen_sc@yahoo.com.br

¹²¹ MATTEUCCI, Nicola. **Lo stato**. Bolonha: Società editrice il Mulino, 2005.

¹²² FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

¹²³ GROSSI, Paolo. **Mitologie giuridiche della modernità**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007.

Intacto neste processo de descalcificação não restou o ordenamento jurídico. Afinal, conforme adverte Cotterrell¹²⁴, o ordenamento jurídico não será relevante a menos que a lei (em sentido amplo) seja capaz de produzir efeitos na sociedade. Destaque-se a não tão-somente impotência jurídica como causa deste inadimplemento, some-se neste quadro os vultos impeditivos e/ou promocionais decorrentes de condições nacionais, regionais, internacionais¹²⁵, tecnológicas, sociais e, especialmente, econômicas (vide o movimento *law and economics*).

Notadamente os processos de globalização de maneira crescente criaram um mercado mundial, uma nova ordem supra e transnacional que permite a livre circulação de capitais, mercadorias, bens e serviços. Fez-se espaço para o exercício de um poder hegemônico de natureza técnico, econômico e financeiro espreado planetariamente, o qual demonstra a redução (crise) do Estado¹²⁶ e institui instrumentos de governança global.

Queste connessioni, combinandosi con imponenti flussi migratori, determinano un progressivo superamento dei confini statali che, affrancando le Costituzioni dal territorio (Zagrebelsky), cioè deterritorializzando la sovranità, genera la consapevolezza che ciascuno Stato non dispone più degli strumenti normativi per soddisfare da solo i bisogni dei suoi cittadini, il loro benessere e la loro salute minacciata dai cibi transgenici, dai virus e dalle radiazioni che vengono da lontano.¹²⁷

A partir da fragilidade dos tradicionais atores nacionais, espaços de debilidade passa(ram) a serem ocupados, notadamente após a Segunda Guerra, por interesses transnacionais constituídos através de instituições novas, de difícil caracterização à luz do glossário político-jurídico Moderno¹²⁸. A tradicional homogeneidade no pensamento político-jurídico fora perdida. Em maior ou menor medida instalou-se um cenário de tensão institucional, no qual as “velhas” instituições estatais e, por via idêntica os indivíduos, deparam-se com sensações de insegurança.¹²⁹

¹²⁴ COTTERRELL, R. **Law, culture and society**. Aldershot: Ashgate, 2006.

¹²⁵ Sobre tais circunstâncias ver: REPOSO, Antonio. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale e pubblico*. PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; RINELLA, Angelo; SCARCIGLIA, Roberto; VOLPI, Mauro. **Diritto costituzionale e pubblico**. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 2009, p. 24 e ss.

¹²⁶ Merece reprodução nesta quadra a advertência de Sabino Cassese: “Infine, il transnazionalismo dell’ordine giuridico globale suggerisce cautela nel parlare di crisi dello Stato e di fuga verso il livello globale, perchè la dinamica del sistema amministrativo globale è largamente dipendente dallo Stato o da suoi frammenti.” CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Bari/Roma: Laterza, 2006, p. 12-13.

¹²⁷ REPOSO, Antonio. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale e pubblico*. p. 26.

¹²⁸ STAFFEN, Márcio Ricardo; BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. Transnacionalización, sostenibilidad y el nuevo paradigma de derecho in siglo XXI. **Revista Opinión Jurídica** - Universidad de Medellín, v. 10, p. 159-174, 2011.

¹²⁹ GIUDICE, Alessio lo. **Istituire il postnazionale**. Identità europea e legittimazione. Torino: G. Giappichelli, 2011.

Nestes termos, o declínio do Estado Constitucional nacional e a ascensão de um paradigma global de Direito decorre, substancialmente, da penetração de critérios econômicos privados nos assuntos e políticas públicas dos Estados, logicamente apoiado pelos avanços tecnológicos. A globalização econômica produz um processo de globalização¹³⁰ jurídica por via reflexa, que transcende a constatação de Crouch, uma vez que se observa em igual medida a globalização também dos comportamentos jurídicos, tal qual a opção pessoal e facultativa por precedentes na tradição do *civil law* entre outros “costumes”¹³¹.

Em linhas gerais, o processo de globalização necessita ser compreendido como expressão de uma interdisciplinaridade sistêmica. Todo o elenco de entidades transnacionais, marco do segundo pós-guerra, produz um globalismo institucional que indica a predominância do critério econômico. Níveis transnacionais dedicam-se, cedo ou tarde, a tutela da economia e dos processos econômicos¹³². Não por acaso note-se a forte dedicação aos assuntos da “libertinagem” na circulação de capitais e da defesa da propriedade (entenda-se aqui na acepção mais lata do conceito, muito além da tradição do Direito Real) em detrimento da construção de condições efetivas de igualdade e proteção ambiental¹³³ (lembre-se da forte preocupação e promoção da intitulada “economia verde”, em preterição do meio ambiente na Conferência Rio+20).

Veja-se o caso brasileiro. Após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, fora lançado no mercado acadêmico-editorial nacional a obra “A ordem econômica na Constituição de 1988”¹³⁴, pelo Prof. Dr. Eros Roberto Grau, mais tarde ministro do Supremo Tribunal Federal. Tal obra conquistou adeptos entre os nossos e também no cenário internacional.

¹³⁰ Nestes termos: “Le grandi multinazionali hanno spesso superato la capacità di amministrazione dei singoli Stati nazionali. Se non apprezzano il regime fiscale o normativo in un Paese, esse minacciano di trasferirsi altrove e gli Stati entrano sempre più in competizione fra loro nella disponibilità di offrire condizioni favorevoli, poichè hanno bisogno di quegli investimenti.” CROUCH, C. **Postdemocrazia**. Roma-Bari: Laterza, 2005, p. 35.

¹³¹ Merece referência nesta quadra a manifestação do Tribunal Permanente de Revisão (MERCOSUL), na decisão consultiva n.01/2007 (Costa vs. ENEL). Nela, Wilfrido Fernández, presidente da Corte à época fundamentou seu voto, no primeiro processo de consulta submetido ao Tribunal para particularmente valer-se de decisões de Cortes europeias como *ratio decidendi* em matéria procedimental, instituindo em solo sulamericano a integração jurídica a partir da jurisdição-mãe dos países membros, a europeia. Contudo, seu voto restou vencido.

¹³² GIUDICE, Alessio lo. **Istituire il postnazionale**. Identità europea e legittimazione. p. 61-62.

¹³³ Sobre o tema de justiça, ética e economia mundializada sugere-se a leitura de: LATOUCHE, Serge. **Giustizia senza limiti**. La sfida dell’etica in una economia mondializzata. Tradução de Alfredo Salsano. Torino: Bollati Boringhieri, 2003.

¹³⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Colhe-se do livro postulados constitucionais essenciais à atividade econômica na nova Constituição. Levando em consideração os valores, princípios, objetivos e direitos fundamentais consagrados na Constituição o autor estabelece uma interpretação sistemática para o exercício da atividade econômica no Brasil e sua positivação a partir do art. 170 do referido documento.

De certa forma, o toque de Midas se observa com a atribuição compulsória da funcionalidade social à economia nacional, resultado da teoria de Hermann Heller¹³⁵, ao sistema mercantil, à atividade empresarial e ao sistema tributário nacional (haja vista sua recepção constitucional um tanto quanto enviesada). Ao mesmo tempo que defende a livre iniciativa (marco comum nas Constituições liberais e socialdemocratas do pós-guerra), como fundamento da República, impõe sua observância aos anseios sociais de uma ordem jurídica justa, solidária e igualitária.

Mesmo que presente um conjunto ideário pós-liberal, na prática, os objetivos se materializaram de forma diversa, mais próximos de Smith do que de Keynes. O discurso social segue em utilização especialmente para o fomento do capital, em preterição ao social. Inúmeros foram os bancos e empresas má geridas salvas com dinheiro público de fontes diretas ou indiretas. Neste aspecto, o Estado tem oscilado entre a faceta social para os burgueses e liberal para os proletários (diga-se classes “b”, “c” e “d”), nos dizeres de Gomes Canotilho, ou quem sabe, uma nova era ao *regressive tax* de Margaret Thatcher.

Consequência direta deste quadro é a subversa aplicação dada à Constituição Federal. Aos poucos o ideal de limitação do poder econômico transfigurou-se, sem alteração do texto, em concessão de benesses estatais. Some-se de igual sorte que o discurso beneficente ultrapassou as fronteiras nacionais para atingir interesses de ordem internacional (vide questão Bolívia vs. PETROBRAS). Sem maiores rodeios, a ordem jurídica-constitucional fora invadida pelo econômico. E, no mais, o espaço nacional fora rompido.

Assim, em grande medida já não faz mais sentido falar na ordem econômica na Constituição, mas sim, discorrer sobre a Constituição na ordem econômica. Logo, o romantismo constitucional tradicional precisa ser tomado por um estudo crítico do Estado Constitucional, sob pena de distanciar-se radicalmente forma e conteúdo.

¹³⁵ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo : Mestre Jou, 1968.

Adotando os ensinamentos de Luigi Ferrajoli¹³⁶ vislumbra-se alguns elementos afinado ao jurídico para este contexto de crise e risco. Por primeiro, a deturpação do princípio da legalidade o qual deixa de ser vinculativo para tornar-se manipulável, sob a gestão de partidos políticos e *lobbys* que se valem de posturas próprias negociais. Não só na Itália, a legalidade pública (administrativa, no caso brasileiro) se altera pela crise constitucional, com a degradação do conjunto de limites e vínculos ao exercício do poder público. Aqui, no Brasil, desenha-se quadro similar. Pode-se citar, a título de ilustração a defesa institucional articulada em favor dos bancos, especialmente a Súmula Vinculante 7, que libera à prática do mercado a fixação das taxas de juros, sendo que já estavam previstas no texto constitucional, ou o recente julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, reconhece a apropriação indevida de poupança por determinado banco, mas afasta os padrões de mercado para a indenização em razão da reparação pecuniária atingir a monta de 1,4 trilhão de reais (metade do PIB do Brasil para 2012).

A outra causa suscitada por Ferrajoli decorre da incompatibilidade do atual modelo de Estado com sua estrutura jurídica. Afinal, tem-se um modelo de Estado socialdemocrata pautado por um ordenamento jurídico prioritariamente liberal. Neste caso, normalmente o jurídico é preterido.

A crise do Estado nacional e, conseqüentemente de sua Constituição, a instabilidade da soberania, a alteração dos sistemas de fontes e a debilidade do constitucionalismo constroem um terceiro aspecto da crise. A adoção de novas fontes, notadamente as decorrentes do direito transnacional em matéria econômica, subtraídas de controles parlamentares e de vínculos constitucionais materiais e formais, tornam-se os aspectos mais sediciosos desta trajetória que atingem incisivamente o ordenamento jurídico nacional.¹³⁷

Logo, o risco não está somente na fragilidade do Direito, mas, em igual ou superior medida na vulnerabilidade da razão jurídica. Tudo passa a ser um processo de bricolagem e manipulação de forma que o núcleo essencial intangível dos Direitos Fundamentais é

¹³⁶ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 231 e ss.

¹³⁷ “La ‘provincia’ del diritto costituzionale, che fu all’origine il diritto degli Stadi nazionali come forme storiche di organizzazione politica, è attualmente attraversata da fonti normative che esplicano il loro effetti in uno spazio sempre più e in un tempo sempre più ristretto. Nell’ultimo scorcio di secolo, i Paesi del pianeta, a causa della loro interrelazione e interdipendenza, determinate dalle comunicazioni, dalle tecnologie e, soprattutto, dai sistemi informatici, sono venuti a sempre più stretto contatto fra loro.” REPOSO, Antonio. Introduzione allo studio del diritto costituzionale e pubblico. p. 25.

deslocado para satisfazer majoritariamente a liberdade de contratar e a garantia da propriedade (leia-se capital econômico). Como afirma Ayn Rand, o dinheiro passou a ser o caminho para a liberdade.

Feito este rápido e sintético diagnóstico da(s) crise(s) que permeiam a Constituição no campo econômico e do trânsito de texto regulador para texto regulado é preciso refletir sobre o devir do Estado Constitucional. Afinal, a frase “Não precisamos de eleições, mas de reformas”, de Herman Van Rompuy, presidente do Conselho Europeu não pode ser desconsiderada.¹³⁸

A partir deste propósito é de notória contribuição os argumentos de Jürgen Habermas¹³⁹. O filósofo alemão denuncia, de antemão, o distanciamento do texto constitucional da democracia. Considerando a realidade da União Europeia é visível a submissão dos chefes de governo às vontades institucionais europeias inquestionáveis, pautadas por questões monetárias, majoritariamente. Assim, o político passa a ser um esfera pequena do econômico (mas que precisa ser mantido). Tanto que as decisões do Parlamento Europeu são postas sobre bases da indiferença popular. Ou, quando conveniente, o povo é convocado para ratificar decisões já tomadas meramente para fins de legitimidade, formando uma vontade que é artificial (vide caso grego).

Os mecanismos constitucionais-democráticos já não são mais suficientes para enfrentar os dilemas que surgem no horizonte¹⁴⁰. O clamor por um governo de especialistas, extremamente decisório, instantâneo e sem muitas cerimônias é um fenômeno novo. Esse caminhar leva à destruição da democracia por si mesma; o sistema não pode mais se reproduzir de modo autenticamente democrático, diria Slavoj Žižek¹⁴¹.

Indubitavelmente estar-se diante de um governo racionalmente econômico. Além disso, merece atenção o modo pelo qual se deu essa passagem, sem golpes institucionais, sem armas, sem destituições. Pelo reverso, ocorreu pela cartilha democrática, ainda que

¹³⁸ “Che sai o meno un’esagerazione, la globalizzazione contribuisce chiaramente a limitar ela democrazia, un sistema che ha difficoltà ad affermarsi fuori dai confini nazionali.” CROUCH, C. **Postdemocrazia**. p. 45.

¹³⁹ HABERMAS Jürgen. **Sulla costituzione europea**. Berlim-Bari: Suhrkamp-Laterza, 2012.

¹⁴⁰ “La democrazia liberale, come ogni altra forma di regime politico, richiede un’unità politica all’interno della quale possa essere esercitata, normalmente quel tipo di Stato noto come uno «Stato-nazione». Essa non è applicabile a campi dove tali unità non esistono, o sembrano solo iniziare a emergere; in particolare agli affari globali, per quanto possiamo avvertire con urgenza la preoccupazione per questi problemi.” HOBBSAWN, Eric. **La fine dello Stato**. Milano: Rizzoli, 2007, p. 46-47.

¹⁴¹ ŽIZEK, Slavoj. **Em defesa das causas perdidas**. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2011.

manipulada, mas democrática. E aí está Mario Monti, como ícone maior, mas não o único. O povo escolheu, diriam os mais conservadores, a opção tecnocrata. Isenta de vinculações políticas, gravitando somente em torno da economia de mercado e das questões monetárias. Logo, sem se interessar pelas questões jurídicas limitadoras da ação do capital.

Todavia, a passagem da socialdemocracia para um sistema tecnocrata de governo suscita imediata questão: qual será o próximo estágio? Não se descarta uma investida populista (conservadora). Contudo, neste interim, há de se considerar a manipulação prévia a ser arquitetada, especialmente pela mídia. Os reais sentidos dos interesses não são ditos. O povo na rua marcha por necessidades previamente construídas. Ou quando nascentes do povo, utilizadas pela tecnocracia para a implementação de seus desejos.

As decepções atuais demonstram a fragilidade de nossas instituições democráticas (não por acaso Stefano Rodotà¹⁴² defenda um modelo de *e-democracy*, instituído no ciberespaço, ao ponto de tipificar a *internet* como direito fundamental) e constitucionais e os riscos da invasão cada vez mais voraz dos espaços públicos e políticos pelas leis de mercado e a equiparação redutora da liberdade somente à liberdade negocial. Como se não bastasse, na *práxis*, ganha relevo o retrocesso teórico acerca dos assuntos democráticos, constitucionais e dos Direitos e Garantias Fundamentais. Cite-se como exemplo o efetivo encolhimento dos direitos sociais. No Brasil, a proposta de redução da jornada de trabalho (prevista como Direito Fundamental) parte de representação política trabalhista!

Assim, nos dizeres de Vladimir Safatle¹⁴³ as relações entre Justiça e Direito se extinguem no seio de “Estados ilegais” que bloqueiam o acesso substancial dos indivíduos ao gozo efetivo das prerrogativas democráticas. Logo, não se pode perder de vista a advertência de Slavoj Žižek ao tratar do afastamento da ética política no mundo atual. Há inquestionavelmente com o consórcio entre tecnocracia e populismo fundamentalista um procedimento cínico de suspensão da ética em favor de uma “tirania democrática” que se vale desta adjetivação tão somente para contentamento do povo, pois, lhe atribui participação direta, por omissão, nos atos que são, essencialmente, tirânicos. Eis os novos acordos do canto da sereia... que responde, de alguma forma, ao questionamento acima feito.

¹⁴² RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Bari: Laterza, 2012.

¹⁴³ Como sugestão: SAFATLE, Vladimir. **Cinismo e falência da crítica**. São Paulo: Boitempo, 2008.

Porém, esta resposta não é completa. As mudanças esperadas necessitam de uma confluência de fatores. Nenhuma revolução se faz isoladamente, é fruto de múltiplas revoluções. Talvez, o resgate de uma zona de gravidade, conforme atesta Charles Melman¹⁴⁴, o chamamento dos sujeitos e instituições ao adimplemento de suas responsabilidades possa ser medida necessária. Está-se de alguma forma em situação idêntica a vivida pelo coito nos desenhos animados, caminhando no vazio do precipício, cuja queda só se dá quando se olha para baixo... Estamos no vazio!

Contudo, algumas questões podem principiar a preencher tal vazio, conforme elenca Sabino Cassese, a saber: em qual função estão os poderes públicos estatais e a globalização jurídica?; o fenômeno da globalização ataca componentes fundamentais do Estado Moderno?; é possível transportar Democracia e Justiça para além do Estado?

Ainda que o fenômeno da globalização não se mostre uma novidade, certamente a crise econômica vivida em 2008, demonstrou substancialmente os diversos níveis de marcha deste processo de expansão. Notadamente a economia se globaliza com maior velocidade, em comparação com a política (e com os assuntos do Estado), criando, neste panorama, assimetrias entre economia global (transnacional) e a política nacional (não se podendo descartar a política comunitária). Evidenciou-se, sem exageros, a existência de uma governança global sem governo (como é o caso da ICANN – *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*).

A partir destas conjunturas, Sabino Cassese¹⁴⁵, passa a responder aos questionamentos formulados. Defende o constitucionalista italiano a existência de uma ordem jurídica global, defesa esta que faz argumentando em torno de diversos elementos comprobatórios, tais como: plurissubjetividade, normatização, administração, jurisdição, legitimação e justiça.

Destaque-se de imediato que a apresentação (constatação) de um ordenamento global está dividido em dois níveis: o primeiro e mais raso que se preocupa com os assuntos nacionais (internos) de cada Estado; e o segundo, mais amplo, diluído no cenário

¹⁴⁴ MELMAN, Charles. **O homem sem gravidade**: gozar a qualquer preço. Entrevistas Jean-Pierre Lebrun. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003.

¹⁴⁵ CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**. Giustizia e democrazia oltre lo stato. Torino: EINAUDI, 2009.

transnacional, constituído por uma área global¹⁴⁶, de modo que predomine a cooperação (*partnership*) entre seus agentes em seu duplo nível.

La prima condizione della sua stessa esistenza e del suo funzionamento, è il transnazionalismo. L'ordine giuridico globale, mentre viene descritto normalmente come costruito lungo linee verticali – dal livello nazionale a quello globale – è, invece, di fatto, costruito innanzitutto da linee orizzontali, tra autorità nazionali e agenzie globali e tra agenzie globali. In altre parole, è un ordinamento fondato largamente sulla cooperazione sia al livello interstatale, sia al livello globale in senso stretto.¹⁴⁷

Todavia, a existência de um direito global alimenta, nesta quadra da História, uma pluralidade de desafios, a iniciar pelas próprias bases de globalização, múltipla em sua essencial. Ao passo que a globalização guarda vastidão de caráters, tais signos observam-se também nos ordenamentos jurídicos, nacionais e transnacionais. Há um forte problema decorrente do conflito entre uniformidade global e diferenças nacionais (locais), da concorrência entre normas globais, normas nacionais e normas locais, vide o caso Myanmar vs. OIT e Banco Mundial vs. Índia, da identificação do juiz competente para conhecer/decidir sobre a pretensão resistida, seja nacional ou global. Cite-se, a título de ilustração, o caso *Massachusetts vs. Environmental Protection Agency* (n. 05-1120/2007), no qual a Suprema Corte americana decidiu pela impossibilidade de tutela jurisdicional em razão de problemas de legitimidade e capacidade de dimensionar o dano ambiental, face o caráter difuso do bem jurídico.

No intuito de explanar sobre o direito global, Cassese, estuda o modo pelo qual o direito e seus princípios tem ganhado espaço na ordem global. A partir de dez *cases*, constata a adoção de princípios básicos de utilização e construção do direito global, uma revisão do *rule of law*, a saber: devido processo legal, racionalidade, proporcionalidade, o dever de motivação das decisões (inclusive, administrativas) e justiça.

Logo, faz-se necessário pensar na constante arquitetura posta à serviço da democratização do Estado como fundamento de democratização da governança transnacional. Ainda que esta tenha um caráter predominantemente tecnocrático. As normas globais, ao assegurarem consulta, cooperação e participação de seus membros

¹⁴⁶ CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Bari/Roma: Laterza, 2006. Em complemento: “Il diritto globale, quindi, non si forma solo attraverso un processo di diffusione unidirezionale, dal livello superiore al livello inferiore (*top-down approach*), ma anche con un percorso inverso, che procede dal basso verso l’alto (*bottom-up approach*). Le norme nazionali possono essere recipete e «risalire» a livello sovranazionale”. CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**. Giustizia e democrazia oltre lo stato. p. 125.

¹⁴⁷ CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. p. 11.

fornecem instrumentos deveras interessantes à dialeticidade em sede de governança global.¹⁴⁸

Em complemento constata-se que: *a)* esta ordem jurídica global baseia-se em normas setoriais, relativas às matérias singulares ao caso; *b)* há um vazio hierárquico no ordenamento global (este composto de normas transnacionais, supranacionais, nacionais e regionais); *c)* não existe uma uniformidade no ordenamento global; *d)* carece de um marco divisor entre o público e o privado; *e)* poder normativo e poder executivo necessitam estar separados; *f)* disposições contratuais gozam da mesma relevância dos atos normativos ou administrativos; *g)* a ordem jurídica global não se presta somente aos sujeitos de Direito Público; *h)* o dever de observância do *rule of law*; *i)* a possibilidade de disputas multipolares, inclusive com órgão jurisdicional intervindo e reexaminando decisões judiciais nacionais; *j)* a compreensão de um ordenamento voltado prioritariamente à resolução de controvérsias; *k)* a diversidade de órgãos globais, que transcendem a pertinência aos sujeitos de Direito Internacional; *l)* a penetração do ordenamento global no Direito nacional, e *m)* a ausência de caráter formalmente vinculante, baseado, sim, na adesão voluntária.¹⁴⁹

O poderio dos ordenamentos jurídicos estatais de produzir o próprio Direito em forma absoluta está gradualmente se redimensionando, reformulando a própria categoria histórica e política da soberania nacional na direção de uma caracterização ainda de híbrida matriz. A partir da constatação da penetração do ordenamento global (*desterritorializado*) na ordem jurídica nacional, a função dos juízes no espaço global-nacional. Função esta, proposta por Cassese, paralela a integração entre os diversos regimes regulatórios, em prol de constituir unidade entre tais ordenamentos plurais e distintos. Tal importância se deve ao fato de que o ordenamento jurídico global não possui, em regra, caráter direto e formalmente vinculante. Portanto, sua efetividade torna-se mais complexa, haja vista, a adesão voluntária. Com isso, o sucesso do direito global depende da sua adoção pelos

¹⁴⁸ CASSESE, Sabino. *Oltre lo Stato*. p. 168.

¹⁴⁹ CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**. Giustizia e democrazia oltre lo stato. p. 131-135. Uma posição pouco menos romântica apresenta Alessio lo Giudice: “Quest’ultima considerazione permette un ulteriore chiarimento del concetto di postnazionalità: superamento del paradigma nazionalistico non equivale a destrutturazione degli Stati nazionali, né tanto meno equivale all’ideale istituzionale di un Superstato. Il postnazionale implica invece la costruzione di uno spazio istituzionale di unità politica che superi l’elemento nazionale come esclusivo fattore di coesione sociale. Per queste ragioni la dimensione postnazionale potrebbe rinviare ala costruzione di uno spazio pubblico entro cui articolare e sperimentare forme di solidarietà sociale denazionalizzate.” GIUDICE, Alessio lo. **Istituire il postnazionale**. Identità europea e legittimazione. p. 74.

órgãos jurisdicionais. Logo, o projeto de Direito global é um projeto de constante colaboração (*partnership*) entre seus membros (*membership*).

Esse novo paradigma jurídico permeia os tecidos normativos estatais, utilizando os canais que a própria globalização cria (*in primis* aqueles econômicos e judiciários) e subtraindo soberania às instituições “tradicionais”. É a “linguagem dos interesses”, portanto, a fazer com que a fronteira entre *hard Law* (Constituição, leis, etc.) e *soft Law* (antecedentes judiciais, “programas de ajuste estrutural das finanças do Estado”, etc.) se torne sempre mais sutil e irrelevante. A linguagem normativa transnacional se declara mais como motor de “convergências” e de “diálogos” que de diferenças: a retórica do cosmopolitismo esconde a conotação imperativa do direito global, aproveitando-se da ausência de um aparato de poderes públicos ao qual atribuir a função coercitiva e da presumida posição de igualdade dos sujeitos jurídicos.¹⁵⁰

Vale ressaltar que o governo mundial de juízes apresenta inconvenientes e vantagens. Dentre os problemas, destaque-se: a necessidade de a organização judiciária mundial vincular-se a corte transnacional; a ausência de um órgão ou comunidade política representativa; e, a constatação da incompletude do sistema (embora o sistema nacional seja hipoteticamente completo). Como virtudes, nos dizeres de Cassese, a criação de um sistema jurisdicional regulatório (mas, que pode constituir uma ditadura da magistratura); e, sua operacionalidade de modo fluído, adaptável e corrigível.¹⁵¹

Trazendo à baila a tese de Garapon e Allard neste momento pode-se atribuir um novo perfil de juiz. Ao defenderem um “comércio entre juízes”, no sentido de constante e progressivo intercâmbio de experiências jurídicas, sustentam argumentos próprios para que as decisões judiciais dos Estados não sejam mais utilizadas como regras, mas como efetivadoras de princípios a serem aplicados. Tem-se, assim, não um estilo erudito e doutrinário que orientará esse comércio, pois as decisões de tribunais consultadas e utilizadas em arrazoados valem pela capacidade prática de efetivar princípios gerais¹⁵².

O sucesso do paradigma global de Direito carece superar a problemática inerente a legitimação das instituições globais. Neste ponto, a construção, se possível, de uma democracia cosmopolita, capaz de influenciar a produção, interpretação e aplicação do ordenamento global¹⁵³. Neste ínterim, Cassese¹⁵⁴ posiciona-se no sentido de que, a

¹⁵⁰ OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. v. 17, n. 1, p. 18-28, 2012.

¹⁵¹ CASSESE, Sabino. *Il diritto globale*. Giustizia e democrazia oltre lo stato. p. 149 e ss.

¹⁵² ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização*: a nova revolução do direito. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. Importante ressaltar que a proposta dos autores franceses não guardam imediata e direta conexão com a proposta de Direito global, pois defendem o intercâmbio entre juízes e não propriamente entre estruturas jurisdicionais. Logo, aproxima-se o juiz das funções diplomáticas (p. 51).

¹⁵³ Sobre a face *multilevel* da democracia recomenda-se: GINSBORG, Paul. *La democrazia che non c'è*. Tradução de Emilia Mohamed Bahaa El Din. Torino: Giulio Einaudi, 2006.

inexistência de instituição global eleita pelo voto popular não pode ser considerada expressão de um *déficit* democrático, para tanto, traz à baila o princípio do contraditório, sob pena do Estado Constitucional Democrático regredir para tempos pretéritos e voltar aos atributos de Estado (impositivo) de Direito.

Assim, tal ordenamento jurídico global necessita fazer frente a problemas diversos, tais como, conflitos de uniformidade e diferenças nacionais, a concorrência de normas globais-nacionais-locais, a atribuição de competências, a regulação do capital e nortes para governança global, a promoção dos Direitos Humanos, a preservação ambiental e critérios de sustentabilidade planetária, o combate de redes criminosas, enfim, uma nova e eficaz forma de limitação de um poder de extrema fluidez, como é a ordem global atual.

Ademais, esta estrutura de governança global que se sedimenta com destaque nos últimos vinte anos ao constituir uma lógica própria de funcionamento e, ao considerar a complexidade social e institucional, demanda por instrumentos menos engessados, mas que tenham aspectos voláteis e capazes de realizar, quando necessário um cambiamento de seus atributos¹⁵⁵.

Contudo, restam questões a serem respondias acerca da construção de um direito global. Arquetizar um sistema de direito privado para adesão global não se mostra missão impossível, tal como ocorre com associações desportivas, todavia, como elastecer os atributos globais, em nível global, às instituições de direito público? Como pensar um esquema de direito global sem a presença da China, por exemplo?¹⁵⁶

Porém, como se trata de uma construção, não se pode perder a oportunidade de vislumbrar possibilidade de incidência de normas de direito global no sistema dos Juizados Especiais Federais. Inegavelmente não há mais que se aliar com plenitude ao pensamento exclusivamente nacionalista de Policarpo Quaresma¹⁵⁷. Do típico caráter universal e

¹⁵⁴ “I principi della democrazia e della *rule of law* a livello globale presentano, quindi, rilevanti differenze e limiti, dovuti agli stessi caratteri dell’ordine globale. Da ciò discende che l’inesistenza di istituzioni elettive globali non può essere considerata espressione di un «*déficit* democratico», perchè non esiste un’*autorità* superiore nei confronti della quale «difendersi» e sulla quale esercitare un controllo.”CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**. Giustizia e democrazia oltre lo stato, p. 166.

¹⁵⁵ “La combinazione delle prospettive ordinamentale e organizzazionale si concilia con una analisi della funzione che i concetti di decisione e di norma possono svolgere nella decostruzione del fenomeno giuridico nelle comunità contemporanee.” CATANIA, Alfonso. **Metamorfosi del diritto**. Decisione e norma nell’età globale. Bari: Laterza, 2008, p. 10.

¹⁵⁶ A presente questão possa, talvez, ser respondida a partir das considerações sobre a eficácia e titularidade dos Direitos Humanos e de outros *ius cogens*, uma vez que surtem seus efeitos independentemente de reconhecimento estatal.

¹⁵⁷ BARRETO, Lima. **O triste fim de Policarpo Quaresma**. São Paulo: Martin Claret, 1999.

hierarquizado do ordenamento jurídico migra-se para um “multiverso¹⁵⁸” encadeamento jurídico global. A incidência de normas globais no espaço territorial brasileiro é fato inevitável. Certamente o processo de globalização econômica resultou na globalização do Estado constitucional. E deste cenário os Juizados Especiais não ficará isento. Mais do que pensar neste processo de “invasão” do direito global na territorialidade nacional faz-se fundamental e urgente a realização de uma construção jurídica nacional compatível com o modelo global¹⁵⁹, sob pena da norma e da decisão judicial na era global converterem-se em caractere típico de um estado de exceção.

Nos dizeres de Alfonso Catania¹⁶⁰ o atual cenário de desenvolvimento jurídico caminha para aquilo que recebe a alcunha de descodificação, desregulamentação ou derrogação em favor, em outro polo, de um quadro de regulação extrajudicial que assume espaço anterior do Estado, enquanto responsável pela pacificação e neutralização social, segundo postulado de Hobbes.

Entretanto, merece atenta mensuração a possível compatibilidade de paradigmas jurídicos no que diz respeito ao processo de uniformização de julgados e sumularização do Direito. Ao passo em que o Direito global desenvolve-se na via da volatilidade de suas decisões¹⁶¹, com menor potencial repressivo, o sistema de Juizados Especiais, a partir das reformas mais recentes, percorre via oposta ao pretender um único padrão de resposta judicial, devidamente sumularizada por órgão de cúpula, a qual goza de maior respeito hierárquico do que propriamente racional. Neste quadro, ganha vida uma complexa constatação, a confusão que se opera em determinados momentos com a decisão assumindo às vezes de norma e, noutros, a norma convertendo-se em decisão afastada dos fatos que deveriam balizar o *decisium*.

¹⁵⁸ HAWKING, Stephen; MLODINOW, Leonard. **The grand design**. New York: Bantam Books, 2010.

¹⁵⁹ CATANIA, Alfonso. **Metamorfosi del diritto**. Decisione e norma nell’età globale. p. 8 e ss.

¹⁶⁰ CATANIA, Alfonso. **Metamorfosi del diritto**. Decisione e norma nell’età globale.p. 4.

¹⁶¹ “La logica organizzativa contemporanea si riferisce invece prevalentemente alle scienze biologiche, scienze della vita e della contingenza, e dunque risulta più feconda in fenomeni come il giuridico, legati alla vita e a non prevedibili esseri viventi. L’organizzazione di un sistema complesso implica una progressiva e non controllabile proliferazione del potere e dunque una irruccibilità all’impulso di potere che l’ha generata. Inoltre, questi poteri emergenti (la *governance* cede funzioni pubbliche a soggetti plurimi, privati o semipubblici, che peraltro rappresentano solo ambiti parziali della società civile; e la *lex mercatoria* intreccia rapporti non simmetrici tra imprese, agenzie pubbliche, studi legali, istituti di credito) non si dispongono nella tradizionale forma verticale e gerarchica, ma in forma reticolare, e l’intervento diretto e centrale di stimolo viene sostituito da una miriade di nodi che favoriscono scambi interindividuali e intraorganizzativi con obiettivi limitati, che valorizzano competenze locali, differenziate e che sviluppano poteri attivi di diversa entità, decentrati, in grado a loro volta di dare *input* a nuove catene di azioni-relazioni.” CATANIA, Alfonso. **Metamorfosi del diritto**. Decisione e norma nell’età globale.p. 78-79.

Defende-se a uniformização, quando, dever-se-ia criar instrumentos de harmonização do Direito e das decisões judiciais¹⁶². Recomenda a experiência transnacional o desenvolvimento de uma rede articulada (*network*) e cooperativa de diálogo entre órgãos administrativos, legislativos e jurisdicionais.¹⁶³

Antecipando ideias próximas vale ressaltar de antemão que o sistema de Juizados Especiais não se mostra avesso a proposta de Direito global. Há sim espaço em sua zona de competência para conhecer de argumentos jurídicos globais, como por exemplo, em sede de Direitos e Garantias Fundamentais¹⁶⁴.

Vale lembrar os atributos de Direitos e Garantias Fundamentais de vários institutos processuais (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, dever de motivação das decisões...) ou, a compreensão idêntica no que tange à previdência e seguridade social¹⁶⁵. Mas tal adoção depende compulsoriamente do modo pelo qual operacionalizar-se-á a integração entre os ordenamentos jurídicos, o nacional e o global, a exemplo do que ocorre entre os membros da União Europeia¹⁶⁶, considerando, é verdade, as diferenças existentes.

Sobre o assunto dos Direitos e Garantias Fundamentais há de se reconhecer o alargamento de sua órbita, não mais sintetizado nos confins do ordenamento nacional. Destaque-se a cláusula permissiva de incorporação de novos Direitos e Garantias Constitucionais prevista no art. 5º, § 2º da Constituição Federal; ou, na mesma toada, a

¹⁶² Sobre a harmonização vide: GORI, Luca. Il dialogo «polifonico» nell'ordinamento australiano: il ruolo delle *Law reform commissions* (ovvero di un dialogo per il parlamento). SCAFFARDI, Lucia. **Parlamenti in dialogo**. L'uso della comparazione nella funzione legislativa. Napoli: Jovene, 2011.

¹⁶³ SCAFFARDI, Lucia. **Parlamenti in dialogo**. L'uso della comparazione nella funzione legislativa.

¹⁶⁴ Ainda que se possa considerar tal matéria de alçada do Direito Internacional, neste texto, a aproximação deste conteúdo às divisas do direito global justifica-se pela sua existência além da territorialidade estatal, como sugere Sabino Cassese.

¹⁶⁵ "Crise do Estado, Informatização das relações laborais, internacionalização do capital. As transformações sociais e econômicas das últimas décadas vem gerando impactos profundos no direito fundamental a previdência, conduzindo ao reconhecimento oficial da necessidade de proteção para os trabalhadores expatriados, vinculados a empresas atuando em diferentes países, demandando maior segurança jurídica e uniformidade de tratamento. Entretanto, leva também a perseguição da minimização de custos do fator trabalho, além de tensões sobre os princípios da igualdade e da solidariedade, alicerces dos direitos sociais, considerando a condição de trabalhador estrangeiro e, frequentemente, atuando na clandestinidade. A nova ordem estabelecida cria a demanda pela positivação de núcleos de interseção entre os sistemas previdenciários, que possam ser compartilhados entre Estados com diferentes visões sobre o nível de proteção social a ser conferido, cujas assimetrias poderiam representar empecilho à mobilidade da mão de obra. Em muitos países, inclusive no Brasil, esses núcleos vêm sendo estabelecidos a partir da celebração de acordos internacionais de previdência social, bilatérias e multilaterais, de modo que o tempo trabalhado em cada país possa ser aproveitado para fins da obtenção de benefícios previdenciários." ARAÚJO, Orlando de. **O trabalhador global e a previdência - Reflexões sobre um direito humano em crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, da apresentação.

¹⁶⁶ GAMBINO, Silvio. Ordinamento giudiziario e tradizioni costituzionali comuni agli stati membri dell'EU. ORRÙ, Romano; CIAMMARICONI, Anna; SCIANNELLA, Lucia G (a cura di). **Il potere giudiziario nell'esperienza europea continentale: the "most" dangerous branch?**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, p. 231 e ss.

sujeição do Brasil às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e ao Tribunal Penal Internacional. Ao se reconhecer a validade de declarações/decisões destes órgãos internacionais na territorialidade brasileira possibilita-se o envio de pretensões aos Tribunais, notadamente à Corte Interamericana. Instala-se desta forma um constitucionalismo *multilevel*, conforme Sergio Panunzio¹⁶⁷, pelo qual a efetividade do Direito global depende de sua conformidade com o Direito nacional e condiciona a efetividade deste à cooperação com aquele, o Direito global.

Ao passo em que se opera a criação de um “constitucionalismo *multilevel*” que se articula entre o nível nacional e o nível global, verticalmente, há neste espaço uma permissividade para uma rede horizontalmente articulada no Direito global, tal como se observa nos julgados da Corte Interamericana com constante referência argumentativa às decisões das Cortes europeias, sendo que a recíproca é verdadeira, mediante a ação do *amicus curiae* da Corte de Strassburg (casos Cakici vs. Turquia, Etark vs. Turquia e Timurtas vs. Turquia).

Enfim, as inovações e experimentações que marcam a investida econômica, a redução dos Estados Constitucionais nacionais e a ascensão do Direito Global em espaços próprios do Estado, tal como o sistema dos Juizados Especiais (em especial, Federais) exigem um modelo arquetípico de equilíbrio institucional. Sim, estamos convidados a participar do desafio do Medida Certa, em analogia ao quadro multimidiático brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

ARAÚJO, Orlando de. **O trabalhador global e a previdência** - Reflexões sobre um direito humano em crise. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BARRETO, Lima. **O triste fim de Policarpo Quaresma**. São Paulo: Martin Claret, 1999.

CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Bari/Roma: Laterza, 2006.

¹⁶⁷ PANUNZIO, Sergio. **I diritti fondamentali e le Corti in Europa**. Napoli: Jovene, 2005. De igual sorte: CERRONE, Francesco; VOLPI, Mauro. **Sergio Panunzio**. Profilo intellettuale di un giurista. Napoli: Jovene, 2007.

- CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**. Giustizia e democrazia oltre lo stato. Torino: EINAUDI, 2009.
- CATANIA, Alfonso. **Metamorfosi del diritto**. Decisione e norma nell'età globale. Bari: Laterza, 2008.
- CERRONE, Francesco; VOLPI, Mauro. **Sergio Panunzio**. Profilo intellettuale di un giurista. Napoli: Jovene, 2007.
- COTTERRELL, R. **Law, culture and society**. Aldershot: Ashgate, 2006.
- CROUCH, C. **Postdemocrazia**. Roma-Bari: Laterza, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.
- GAMBINO, Silvio. Ordinamento giudiziario e tradizioni costituzionali comuni agli stati membri dell'EU. ORRÙ, Romano; CIAMMARICONI, Anna; SCIANNELLA, Lucia G (a cura di). **Il potere giudiziario nell'esperienza europea continentale: the "most" dangerous branch?**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.
- GINSBORG, Paul. **La democrazia che non c'è**. Tradução de Emilia Mohamed Bahaa El Din. Torino: Giulio Einaudi, 2006.
- GIUDICE, Alessio Io. **Istituire il postnazionale**. Identità europea e legittimazione. Torino: G. Giappichelli, 2011.
- GORI, Luca. Il dialogo «polifonico» nell'ordinamento australiano: il ruolo delle *Law reform commissions* (ovvero di un dialogo per il parlamento). SCAFFARDI, Lucia. **Parlamenti in dialogo**. L'uso della comparazione nella funzione legislativa. Napoli: Jovene, 2011.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GROSSI, Paolo. **Mitologie giuridiche della modernità**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007.
- HABERMAS Jürgen. **Sulla costituzione europea**. Berlim-Bari: Suhrkamp-Laterza, 2012.

HAWKING, Stephen; MLODINOW, Leonard. **The grand design**. New York: Bantam Books, 2010.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo : Mestre Jou, 1968.

HOBBSBAWN, Eric. **La fine dello Stato**. Milano: Rizzoli, 2007.

LATOUCHE, Serge. **Giustizia senza limiti**. La sfida dell'etica in una economia mondializzata. Tradução de Alfredo Salsano. Torino: Bollati Boringhieri, 2003.

MATTEUCCI, Nicola. **Lo stato**. Bolonha: Società editrice il Mulino, 2005.

MELMAN, Charles. **O homem sem gravidade**: gozar a qualquer preço. Entrevistas Jean-Pierre Lebrun. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003.

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 17, n. 1, p. 18-28, 2012.

PANUNZIO, Sergio. **I diritti fondamentali e le Corti in Europa**. Napoli: Jovene, 2005.

REPOSO, Antonio. Introduzione allo studio del diritto costituzionale e pubblico. PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; RINELLA, Angelo; SCARCIGLIA, Roberto; VOLPI, Mauro. **Diritto costituzionale e pubblico**. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 2009.

RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Bari: Laterza, 2012.

SAFATLE, Vladimir. **Cinismo e falência da crítica**. São Paulo: Boitempo, 2008.

SCAFFARDI, Lucia. **Parlamenti in dialogo**. L'uso della comparazione nella funzione legislativa. Napoli: Jovene, 2011.

STAFFEN, Márcio Ricardo; BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. Transnacionalización, sostenibilidad y el nuevo paradigma de derecho in siglo XXI. **Revista Opinión Jurídica** - Universidad de Medellín, v. 10, p. 159-174, 2011.

ZIZEK, Slavoj. **Em defesa das causas perdidas**. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2011.

GLOBALIZAÇÃO, PÓS-MODERNIDADE E TRANSNACIONALIDADE: QUESTÕES EXISTENCIAIS E JURÍDICAS

Josemar Sidinei Soares¹⁶⁸

INTRODUÇÃO

No mundo pós-moderno a globalização é um fenômeno que relativiza culturas e instituições, e transforma o mundo todo em uma rede, conforme assinala Castells¹⁶⁹. A comunicação torna-se ágil e a informação se transforma em uma importante ferramenta nas relações.

A globalização transforma o mundo inteiro em uma grande aldeia global, segundo McLuhan¹⁷⁰. Suprime-se (no caso a Internet) ou pelo menos reduz-se (meios de transportes como aviões) a distância entre as pessoas. A informação lançada no Brasil é instantaneamente recebida em toda a parte do globo.

Adjunto ao fenômeno da globalização surge a ideia de Transnacionalidade, que seriam aqueles efeitos que transcendem os limites nacionais, sendo capazes de interferir direta ou indiretamente na vida de pessoas de todas as partes do globo. Como exemplos estão as questões ambientais, cujos efeitos não se limitam ao local onde ocorreu determinado evento, ou econômicas, que repercutem drasticamente em um mercado mundial.

O objetivo do presente artigo é apresentar algumas considerações acerca desta nova realidade globalizada e transnacional e seus efeitos (sociais, políticos, jurídicos, econômicos), e de como um direito humanista pode construir a partir deste fenômeno um espaço de desenvolvimento social, utilizando-se da ideia de um critério ético-existencial.

¹⁶⁸ Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e Mestre em Educação pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Professor nos Programas de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica e na Graduação em Direito da UNIVALI. jsoares@univali.br.

¹⁶⁹ CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

¹⁷⁰ MCLUHAN, Marshall. **La aldea global**. Barcelona: Gedisa, 1993.

O critério ético não busca ser a negação da célebre separação entre Direito e Moral operada pelo Positivismo Jurídico, mas um critério anterior que busca auxiliar o jurista a realizar um direito mais humanista e funcional para a realidade contemporânea. Um direito humanista seria aquele direito cujas normas e suas respectivas interpretações e aplicações preocupam-se com a questão fundamental: esta norma ajuda a desenvolver o ser humano? O critério ético, nesta linha, é aquele em que a norma deixa de ser aplicada simplesmente por estar posta e válida em um ordenamento jurídico, mas por ser instrumento de formação social. De certa forma o critério ético busca recolocar perguntas existenciais de fronteira de volta no núcleo do pensamento jurídico.

Em um mundo globalizado, onde cada vez mais as normas provindas de diferentes lugares se comunicam e se influenciam, o que paulatinamente vai criando um direito mais uniformizado, é real a possibilidade de um direito que reflète a vontade de parcelas de determinada sociedade, de determinada parte do planeta, a vigorar e regulamentar a vida de tantas pessoas que não se veem naquela norma.

Um direito humanista não pode ser o humanismo europeu, nem norte-americano, nem latino-americano ou mesmo asiático. Não pode também ser o humanismo cristão, islâmico, judeu ou ateu, ou conforme qualquer outra classificação, mas deve ser um humanismo para o homem, que contribua a todos os homens, independente de nacionalidade, condição social e econômica, religião, posição política, etc.

1. GLOBALIZAÇÃO E PÓS-MODERNIDADE

O fenômeno da pós-modernidade, atrelado ao da globalização, será estudado brevemente aqui a partir de alguns de seus principais teóricos (Lyotard, Giddens e Bauman). O objetivo é identificar questões sobretudo culturais, sociais, existenciais, que depois de alguma forma repercutem no âmbito jurídico.

Lyotard, em *A Condição Pós-Moderna (1979¹⁷¹)*, apresenta a passagem da modernidade à pós-modernidade no desenvolvimento industrial e de como esta transformação implica em modificações profundas da relação do homem com o saber e a ciência.

¹⁷¹ LYOTARD, Jean-François. **O Pós-moderno**. Rio de Janeiro: J.O., 1988.

Para os modernos a ciência era o saber por excelência, o conhecimento objetivo e verificado que se sobrepõe ao discurso intelectual da teologia e da filosofia, um conhecimento que diz respeito ao mundo concreto e por isso seria confiável. Quando confiável este conhecimento torna-se informação, isto é, um saber específico, documentado e disponível às pessoas.

O desenvolvimento acelerado da tecnologia, sobretudo das chamadas tecnologias de informação e comunicação, amplia consideravelmente a quantidade de informações produzidas (e inclusive na seletividade da informação, pois passa-se a preferir aquela que pode ser entendida pela máquina, por um computador). Na ciência moderna o conhecimento prevalecia porque havia sido verificado metodicamente, conduzido de modo profundo para viabilizar cultivo da vida humana. Na pós-modernidade o conhecimento é válido enquanto informação, tendo em vista determinada finalidade.

O argumento de Lyotard antecede um dos aspectos mais representativos da globalização e da pós-modernidade: a massificação da informação, que deriva do aumento produtivo de informação quantitativamente e de seu decréscimo qualitativo. Lyotard assinala que vem desaparecendo a questão formativa, de *Bildung*¹⁷², do saber, e que isto estaria vinculado à informática:

Pode-se então esperar uma explosiva exteriorização do saber em relação ao sujeito que sabe (*sachant*), em qualquer ponto que este se encontre no processo de conhecimento. O antigo princípio segundo o qual a aquisição do saber é indissociável da formação (*Bildung*) do espírito, e mesmo da pessoa, cai e cairá cada vez mais em desuso. Esta relação entre fornecedores e usuários do conhecimento e o próprio conhecimento tende e tenderá a assumir a força que os produtores e os consumidores de mercadorias têm com estas últimas, ou seja, a forma valor. O saber é e será produzido para ser vendido, e ele é e será consumido para ser valorizado numa nova produção: nos dois casos, para ser trocado. Ele deixa de ser para si mesmo seu próprio fim; perde seu “valor de uso”.¹⁷³

Este processo transformaria o conhecimento antes atinente ao saber formativo agora em mercadoria, em que a informação é válida a partir de sua finalidade, tendo em vista que permite o operador obter determinada utilidade. O conhecimento é reduzido ao

¹⁷² *Bildung* é uma expressão alemã que não apresenta tradução exata para a língua portuguesa. Possui relação com a expressão grega *Paideia*, sendo que ambas remetem a múltiplas categorias como ‘cultura’, ‘educação’, ‘formação’. A *Bildung* é a preocupação com a formação do indivíduo, o processo pedagógico que busca torná-lo mais autônomo, independente, tanto intelectualmente como existencialmente. Daí decorre o Romantismo alemão como formação do indivíduo e a noção kantiana de *Aufklärung*. A *Bildung*, por fim, será elemento chave da *Fenomenologia do Espírito*, de Hegel. Cf. SOARES, Josemar Sidinei. **Consciência-de-si e Reconhecimento na Fenomenologia do Espírito e suas implicações na Fenomenologia do Espírito**. 312f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009; JAEGER, Werner. **Paideia: a formação do Homem Grego**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁷³ LYOTARD, Jean-François. **O Pós-moderno**. Rio de Janeiro: J.O., 1988. p. 4.

utilitarismo, não na perspectiva de Mills ou Bentham, mas de um utilitarismo eminentemente econômico. É neste processo que o saber, inclusive aquele científico e acadêmico, torna-se cada vez mais técnico e desligado da *Bildung*, realidade que impacta também de modo significativo o conhecimento jurídico.

Outro pensador fundamental da pós-modernidade é Anthony Giddens, que em sua obra *Modernidade e Identidade* estuda a afirmação da identidade do “eu” em sua conexão com o mundo ao seu redor¹⁷⁴.

Giddens apresenta a contemporaneidade como a alta modernidade, uma vez que ela alarga e intensifica o fenômeno moderno. Antes da modernidade o indivíduo integrava uma cultura com determinada tradição, que perpassava a família, os costumes, a religião, a moral, mas sempre ligada à comunidade.

Com o advento da modernidade o indivíduo passa a integrar a sociedade e outras instituições muito maiores, como o Estado. A sociedade, em oposição à comunidade, é repleta de conflitos, pois nela interagem culturas diversas, classes sociais diferentes, interesses contrários. É um ambiente menos seguro, e o sujeito sente-se mais desprotegido e solitário.

A alta modernidade amplia drasticamente essa realidade, pois da sociedade passa-se a uma sociedade global. O cidadão já não integra apenas a sociedade em que nasce, mas convive com questões que se originam de lugares tão distantes que muitas vezes nunca visitou ou visitará.

Há uma relação entre mídia e difusão de estilos de vida que é particularmente incisiva na questão do consumismo, capaz de estimular a todos a seguirem os mesmos hábitos, comprarem as mesmas roupas, os mesmos alimentos, usufruírem os mesmos tipos de diversão, e assim por diante. A combinação de aspectos globais, mídia e consumismo é um forte acelerador da massificação entre as pessoas.

Contudo, mesmo tendo em vista este apelo consumista é possível vislumbrar o esforço do indivíduo em afirmar sua identidade diante da pressão do mercado de consumo.

Mas a mercantilização também não fica sem oposição tanto no nível individual quanto no coletivo. Até o mais oprimido dos indivíduos — talvez de modo particular o mais oprimido — reage criativa e interpretativamente a processos de mercantilização que interferem com sua vida. Isso é verdade tanto no campo da experiência via mídia quanto no do consumo direto. A

¹⁷⁴ GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

resposta à experiência transmitida pela mídia não pode ser avaliada puramente em termos do conteúdo do que é difundido — os indivíduos discriminam ativamente entre tipos de informação disponível e também as interpretam em seus próprios termos. Até crianças pequenas avaliam programas de televisão em termos de seu grau de realismo, reconhecendo que alguns são inteiramente ficcionais, e tratam os programas como objetos de ceticismo, de ridículo ou de humor. [...]

O projeto reflexivo do eu é em parte necessariamente uma luta contra influências mercantilizadas, embora nem todos os aspectos da mercantilização sejam seus inimigos. Um sistema de mercado, quase por definição, gera uma variedade de escolhas possíveis no consumo de bens e serviços. A pluralidade da escolha é em boa parte o próprio resultado de processos mercantizados. Nem é a mercantilização meramente o mesmo que a padronização.¹⁷⁵

Há uma distinção entre mercantilização e padronização. É certo que é interesse dos produtores que as pessoas consumam os mesmos bens, tornando a situação previsível para o mercado. Entretanto, o próprio crescimento do mercado depende de uma oferta de ampla variedade de bens, capaz de alcançar os mais variados gostos. É a partir desta multiplicidade de opções, provocando o indivíduo a uma postura ativa de decidir o que consumir, que se resiste a uma padronização completa do consumo.

É necessário salientar que o consumo massificado não é o coração da problemática pós-moderna, mas um de seus sintomas, de tal modo que revela a padronização dos estilos de vida, costumes e características individuais e regionais. Ou seja, cada vez mais se suprimem autonomias singulares e de regiões em favor de uma cultura comum e global. O mercado talvez seja uma de suas principais alavancas.

Já Zygmunt Bauman¹⁷⁶ apresenta o período atual como a modernidade líquida, que se contrapõe à modernidade dos séculos anteriores, que seria uma modernidade sólida. O sólido é um corpo que é obrigado a ocupar determinado lugar no tempo e no espaço. Ele não pode estar aqui e ali ao mesmo tempo. O sólido representa as tantas instituições que denotam a modernidade. O sólido é a instituição fixada em um lugar, é limitada, de tal forma que o interesse é que as pessoas situem-se dentro daquele espaço limitado, para que assim sejam mais facilmente vigiadas e controladas.

Aqui se introduz a noção de modernidade líquida. As instituições na atualidade não precisam mais se limitar ao tempo/espaço, elas podem muito bem continuar existindo de um modo muito mais amplo e eficaz. A moldura externa modificou-se, mas a essência permanece.

¹⁷⁵ GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. p. 184-185.

¹⁷⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

A realidade líquida está presente em cada instituição. A modernidade líquida não precisa mais do tempo e do espaço. Exemplos disso são os telefones celulares, em que duas pessoas podem se comunicar de quaisquer lugares, e a Internet, que elimina todas as distâncias entre as pessoas. A modernidade líquida é mais fluída, capaz de se relativizar às várias circunstâncias, mas sempre mantendo intacta a estrutura interna das instituições.

Diante desta flexibilização constante surge a sensação de incerteza e insegurança, pois tudo é líquido, tão frágil.

Condições econômicas e sociais precárias treinam homens e mulheres (ou os fazem aprender pelo caminho mais difícil) a perceber o mundo como um contêiner cheio de objetos *descartáveis*, objetos para *uma só* utilização; o mundo inteiro – inclusive outros seres humanos. Além disso, o mundo parece ser constituído de “caixas pretas”, hermeticamente fechadas, e que jamais deverão ser abertas pelos usuários, nem consertadas quando quebram. Os mecânicos de automóveis de hoje não são treinados para consertar motores quebrados ou danificados, mas apenas para retirar e jogar fora as peças usadas ou defeituosas e substituí-las por outras novas e seladas, diretamente da prateleira. Eles não têm a menor idéia da estrutura interna das “peças sobressalentes” (uma expressão que diz tudo), do modo misterioso como funcionam; não consideram esse entendimento e a habilidade que o acompanha como sua responsabilidade ou como parte de seu campo de competência. Como na oficina mecânica, assim também na vida em geral: cada “peça” é “sobressalente” e substituível, e assim deve ser. Por que gastar tempo com consertos que consome trabalho, se não é preciso mais que alguns momentos para jogar fora a peça danificada e colocar outra em seu lugar?¹⁷⁷

Esta realidade imprevisível e ameaçadora estimula as pessoas a verem tudo como descartáveis, onde objetos possuem validade temporária e mesmo as relações sociais não são cultivadas com profundidade, pois tudo pode desabar a qualquer momento.

Apresentados alguns aspectos existenciais e sociais de um mundo globalizado e pós-moderno é necessário avançar e explorar efeitos jurídicos deste mesmo fenômeno. É da discussão acerca da globalização que nasce a ideia de Transnacionalidade, conceito central nos debates jurídicos contemporâneos.

GLOBALIZAÇÃO, PÓS-MODERNIDADE E TRANSANCIONALIDADE: ASPECTOS JURÍDICOS

Observado o grande impacto que a globalização vem causando na vida das pessoas. O Direito, conseqüentemente, por ser responsável por orientar a vida das pessoas e da sociedade, é fortemente afetado por esta realidade.

As relações entre os Estados foram transformadas significativamente a partir da Segunda Guerra Mundial. Presencia-se a diminuição na autonomia das nações e a submissão

¹⁷⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. p. 185.

a inúmeras formas de instituições internacionais com suas próprias regras e condutas de decisão¹⁷⁸.

Organismos multilaterais como BIRD, FMI, Banco Mundial se tornam verdadeiros centros de interesses e titulares de um poder próprio e autônomo com o objetivo de tratar de problemas já existentes no âmbito interno, como meio ambiente, desigualdade social e terrorismo, mas agora sob uma perspectiva de suas consequências para todo o mundo¹⁷⁹.

Muitos fatos que ocorrem em um país têm consequências também ao resto do mundo, não podendo um único Estado decidir como regulamentar algo que afeta a todas as nações. Um dos maiores exemplos disso na atualidade é a questão ambiental. O resultado da degradação ambiental provocada por uma região atravessa facilmente as fronteiras e vindo a influenciar a saúde de pessoas em regiões e países distantes.

Por isso que já há algumas décadas os atores internacionais vêm promovendo um esforço em conscientizar a população mundial da necessidade urgente em preservar o planeta. A questão ambiental é um dado evidente da emergência de uma lógica transnacional. O direito ambiental aborda assuntos que não se reduzem ao cenário interno, mas influenciam condições supranacionais.

Não se pode mais pensar nenhum fato como um dado isolado, como se impactasse apenas a região onde foi realizado. Um acontecimento no interior de um país pode causar efeitos e mudar legislações no mundo inteiro. Um exemplo marcante é o acidente que ocorreu na boate Kiss no interior do estado do Rio Grande do Sul, no Brasil. O incêndio na boate que causou a morte de mais de 230 pessoas deu origem a iniciativas de mudanças nas legislações por todo o país e também no exterior para que as medidas de segurança nos clubes noturnos e outros tipos de instalações sejam mais rígidas.

Nesse contexto, a pregação do não intervencionismo estatal tem forçado o Estado a abdicar parte de sua soberania e autonomia em nome de uma internacionalização¹⁸⁰.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, Thiago Vieira Mathias de. **A Relação de Poder e a Reorganização da Atuação Estatal no Domínio Econômico Diante dos Processos de Globalização**. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2009. p. 72.

¹⁷⁹ OLIVEIRA, Thiago Vieira Mathias de. **A Relação de Poder e a Reorganização da Atuação Estatal no Domínio Econômico Diante dos Processos de Globalização**. p. 72.

¹⁸⁰ CALDAS, James Corrêa. **O Impacto da Globalização no Direito do Trabalho na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional Econômico) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2011. p. 67.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inovou ao buscar harmonizar as regras de direito internas com as externas, buscando regulamentar as normas internacionais e adequando-as ao ordenamento jurídico pátrio.

A globalização ao aproximar as diferentes culturas, pessoas e povos acaba por tornar mais intensos os conflitos entre estas diferentes culturas. Culturas diversas, com ordenamentos jurídicos distintos, com bases principiológicas e direitos fundamentais diferentes a resguardar, com histórias e consciências coletivas próprias.

Estes conflitos enfraquecem o sistema jurídico, as relações sociais e a cultura de forma generalizada para todos os povos¹⁸¹. A globalização é um fato real, e o Direito deve atender os Estados observando esta constante evolução das relações¹⁸².

A relativização cultural trazida pela globalização conduz a um dado importante: a relativização da norma jurídica. Se as culturas são relativas, se cada cultura é específica de uma região e período histórico, e que estas culturas inclusive participam da construção do direito, como aceitar o absolutismo de uma norma jurídica? Que fato valida uma lei como algo absoluto e inquestionável se esta lei carrega consigo a ideologia de um Estado¹⁸³ e a cultura de um povo? A lei brasileira é resultado do processo histórico e cultural do Brasil, e por isso é bastante diversa da lei dos países árabes, por exemplo. A norma jurídica também é institucional, também pode causar tanto benefícios como prejuízos.

O crescente processo de globalização aproxima e obriga o envolvimento entre os Estados nacionais e seus respectivos cidadãos, revelando várias diferenças. Hoje a sociedade latino-americana vive em constante contato com a norte-americana, com a europeia, com a africana, a árabe, chinesa, japonesa, e assim por diante. Porém cada Estado é resultado de certa história, com certos valores, de certa cultura jurídica.

¹⁸¹ Trindade ao tratar do Direito Internacional demonstra o quanto o Direito carece no cenário internacional, quando se trata de negociações internacionais e com isso o sistema jurídico enfraquece. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

¹⁸² BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 30. Contudo, como já salientado anteriormente, é notório que a globalização também traz problemas de várias naturezas. Estudos mais aprofundados sobre essa nova realidade podem ser feitos com a leitura dos autores que abordam o fenômeno da pós-modernidade, como GIDDENS, Anthony. *Modernidade e Identidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2002; MAFFESOLI, Michel. **Tempo das Tribos: o declínio do individualismo nas sociedades de massa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000; BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008; LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 8. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004 e LIPOVETSKY, Gilles. **Era do Vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo**. Barueri: Manole, 2005.

¹⁸³ Reflexões importantes sobre a influência da ideologia no domínio de um Estado podem ser observadas na obra: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Com a globalização esses valores entram em choque. Exemplo disso é a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, ratificada e aceita pela maioria dos países, e que logo em seus Artigos I e II afirma categoricamente a igualdade entre todas as pessoas, bem como a ausência de distinção em direitos e dignidade no que concerne a sexo, religião, cor, língua, entre outras especificidades. Porém, como nos deparamos com a questão islâmica então? É sabido que na cultura árabe a mulher ainda é vista em um patamar de inferioridade se comparado ao homem¹⁸⁴.

Há múltiplas contradições, como o tratamento conferido a estrangeiros em tantos países. A globalização de fato aproximou a todos (ou ao menos parte considerável da população), mas isso não significa que as pessoas, instituições e nações estejam relacionando-se sempre de modo adequado. Nem que esta aproximação resulte em uma circulação saudável de todos. Muitas vezes é a imposição de alguns estilos a todo o globo.

Também os sistemas jurídicos nacionais revelam diferenças decorrentes da formação histórica dos povos. Para muitos Estados a base histórica de governo é a mesma, como por exemplo, o direito romano-germânico aplicado no Brasil, também aplicado em Portugal, ainda que assim existam elementos característicos a cada Estado que interferem nas relações sociais. Esta contradição se torna mais preocupante quando as bases de direito são diferentes e muitas vezes com valores contraditórios.

Atualmente, os três sistemas jurídicos mais representativos são a *common law*, a *civil law* e o direito islâmico, mas pode-se citar também o direito judaico¹⁸⁵, o chinês, o japonês, entre outros. Estes sistemas jurídicos possuem maneiras distintas de se estruturar e aplicar o direito, de tal forma que invariavelmente resulta em conflito entre eles¹⁸⁶.

A contradição é mais preocupante com sistemas jurídicos muito distintos dos demais, como ocorre com sistema jurídico islâmico, cuja fonte principal é o Corão, onde o Estado

¹⁸⁴ Não obstante este cenário vem sendo modificado, conforme se constata no artigo de Khalil 'Athamina, que revela inclusive progressos em relação à tolerância entre muçulmanos e não-muçulmanos, além da crescente abertura ao mundo feminino dentro da cultura islâmica. ATHAMINA, Khalil. **How did Islam contribute to change the legal status of women: the case of the Jawari or the female slaves.** Al-Qantara (AQ) XXVIII 2, p. 383-408, jul./dez. 2007.

¹⁸⁵ Para um estudo da relação entre common law e direito judaico recomenda-se a leitura da obra GOLDBERG, Sylvie Anne. **Common law and Jewish law: The Diasporic Principle of dina de-malkhuta dina.** Behemoth. A Journal on Civilization, p. 39-53, jan-dez. 2008.

¹⁸⁶ Para um estudo sobre o uso da Ética como critério mediador de conflitos entre sistemas jurídicos contemporâneos recomenda-se a leitura: SOARES, Josemar Sidinei. A Ética como critério para mediação de conflitos entre sistemas jurídicos na contemporaneidade. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 39, p. 140-163, jul./dez. 2011.

trabalha a serviço das leis divinas. Os sistemas jurídicos ocidentais partem do pressuposto de um Estado laico, autônomo do poder religioso.

No mundo islâmico a situação ainda é bastante diferente, sendo que o jurídico não pode contrariar o religioso. Diante disso, é concreto que a globalização compromete a estabilidade dos sistemas jurídicos no cenário global¹⁸⁷.

Em mundo multicultural, com divergências inclusive em sistemas jurídicos, que valores, que práticas sociais, enfim, que critérios deveriam fundamentar o direito? Johan Galtung esforçou-se em demonstrar como os direitos humanos, por exemplo, na verdade não refletem os direitos humanos em esfera global, mas os direitos humanos ocidentais¹⁸⁸.

Este movimento representa outro fenômeno ainda mais significativo, que é a discussão sobre validade do positivismo jurídico na atualidade. O positivismo jurídico é oriundo da racionalidade moderna, desenvolve-se a partir da evolução da ciência positivista. Analisar o enfraquecimento do positivismo jurídico na contemporaneidade é essencial no desenvolvimento de um direito mais vivo, funcional, atual e com identidade para solucionar conflitos e direcionar adequadamente para o futuro próximo¹⁸⁹.

Diante essa situação, surgem diversas teorias em busca de uma reestruturação do Direito, entre elas a de um direito transnacional, que teria uma abrangência além das fronteiras do Estado, regulamentando de forma genérica temas que envolvam todos os sujeitos, dessa forma, facilitando a resolução de conflitos que automaticamente refletem em uma maior segurança judiciária¹⁹⁰.

Outra discussão que ganha força é a de um pluralismo jurídico¹⁹¹, onde não se aceita mais apenas o Estado como elaborador de normas reguladoras. O processo de

¹⁸⁷ Recentemente se observa cada vez mais a preocupação com a democracia nos países islâmicos, seria indício de transformações ocorridas pela influência do processo de globalização? É importante estabelecer aqui que não se faz qualquer juízo de valor entre este ou aquele sistema jurídico, mas apenas analisa a relação e os conflitos entre eles e como a globalização ocupa papel decisivo neste movimento.

¹⁸⁸ GALTUNG, Johan. **Direitos Humanos: uma nova perspectiva**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

¹⁸⁹ Para um estudo acerca de um Critério Ético da norma jurídica como ponto de superação do positivismo recomenda-se a leitura: SOARES, Josemar. O critério ético da norma jurídica como ponto de superação do juspositivismo na contemporaneidade. **Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade**, Itajaí, v. 2, n. 2, 2010.

¹⁹⁰ Para um estudo introdutório e conceitual sobre o Direito Transnacional recomenda-se o trabalho CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais. **Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade**, Itajaí, v. 2, n.1, 2010.

¹⁹¹ Para mais informações acerca do Pluralismo Jurídico recomenda-se a obra: WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

internacionalização das normas faz com que cada vez mais aumente o número de normas privadas¹⁹².

A globalização desencadeia interconexões nas diversas áreas de atuação do homem. Preocupações de ordem econômica fazem com que o Estado divida o espaço em que se exerce o poder de forma desigual, descentralizada e não absoluta, com outras estruturas como organismos internacionais e empresas transnacionais¹⁹³.

Gianluca Maria Bella afirma que o aumento das relações econômicas e sociais entre países de tradição jurídica diferentes determina várias consequências. Por um lado há uma diminuição dessas diferenças ao ocorrer uma aproximação das tradições jurídicas, por outro trata-se de uma fragmentação do Estado em uma pluralidade de centros de referências de interesses diversificados entre si, porém, nesse contexto, sendo conduzidos a um único espaço jurídico global, dentro do qual conseqüentemente se formará um ordenamento jurídico global¹⁹⁴.

Os argumentados abordados até aqui demonstram como há várias forças e fatores que já adentraram a lógica de um sistema jurídico globalizado, e o direito tem e continuará tendo grandes dificuldades de lidar com estas questões se prosseguir vinculado ao seu paradigma de direito interno. Não está se defendendo aqui a implementação de um direito mundial ou global, mas que algumas questões precisam ser elevadas a uma dimensão transnacional, pois não se referem a interesses particulares de cada Estado, mas da multiplicidade de atores, tendo como exemplos meio ambiente, economia transnacional, internet, direitos humanos e outras questões.

No que tange aos direitos humanos certamente esse ramo já obteve avanços importantes. A possibilidade de um Estado ser julgado em uma corte internacional por atos ilícitos praticados contra seus próprios cidadãos demonstra como o vínculo entre Estado e cidadão não é tão absoluto e limitado à esfera nacional como outrora se pensava. Antes de ser cidadão cada sujeito é pessoa humana, e se o seu direito como pessoa humana é violado pelo próprio Estado é lícito e necessário que organizações internacionais interfiram.

¹⁹² CALDAS, James Corrêa. **O Impacto da Globalização no Direito do Trabalho na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. p. 67.

¹⁹³ OLIVEIRA, Thiago Vieira Mathias de. **A Relação de Poder e a Reorganização da Atuação Estatal no Domínio Econômico Diante dos Processos de Globalização**. p. 48.

¹⁹⁴ BELLA, Gianluca Maria. O "Direito" no Espaço Jurídico Globalizado: Perfis de Direito Administrativo Internacional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 44, n. 174, p. 165-173, abr./jun. 2007. p. 167-168.

Os direitos humanos não desvinculam o sujeito de sua nacionalidade, obviamente, mas ressaltam a condição humana inerente a cada pessoa, sendo esta anterior e provavelmente mais importante que aquela de cidadã, ainda que esta também represente importância muito elevada, já que aqui situam-se as esferas dos direitos civis e políticos.

Havendo uma compreensão de que o Direito hoje precisa se adaptar a Globalização, não pode mais ser exclusivo de uma Nação, precisa ser pensado de forma global, de forma transnacional, parte-se para a problemática de como harmonizar sistemas jurídicos tão diferentes em cada país, como elaborar normas que possam conciliar culturas tão distintas como as do ocidente e do oriente.

Há a necessidade de se pensar em um critério ético nas relações jurídicas do século XXI. Com isto será possível demonstrar, inclusive, que a necessidade de implementações democráticas no Oriente não é uma ocidentalização daqueles países, mas a vontade coletiva daquelas nações, ou seja, uma vontade que brota do mundo-da-vida, da existência aqui e agora.

Em linhas gerais, o critério ético seria o ponto que busca determinar o que é mais importante existencialmente aqui e agora. Este critério poderia ser analisado para cada caso concreto ou para cada lei, permitindo a verificação se estes casos ou leis são funcionais às pessoas ou não. A partir daí poderia ser entendido se a lei deve ser reformulada ou não. Ou seja, já não teríamos a obediência às normas jurídicas por simples coerção estatal, mas por reconhecimento das pessoas.

A lei não seria válida simplesmente por ser lei, mas porque ela é funcional às práticas sociais neste espaço e neste tempo (existencialmente). Se em um futuro próximo ela perdesse sua funcionalidade, deveria ser reformulada. Muito provavelmente este argumento poderia ser encontrado na essência dos sistemas jurídicos. Isto é, leis seriam criadas, revogadas ou modificadas conforme os costumes.

Contudo, na prática não se encontra tal realidade, e o que se vê é apenas a cultura da aplicação e obediência às normas de forma quase religiosa, como arrebatou Paolo Grossi¹⁹⁵. Leis são aplicadas e obedecidas simplesmente por serem leis. Não se procura seus fundamentos, a razão de sua existência.

¹⁹⁵ GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007.

Nesse sentido, defende-se aqui como um critério ético-existencial para as relações conflituosas entre os sistemas jurídicos o critério que vislumbre o ser humano como real destinatário da norma jurídica, e que antes de se privilegiar costumes, ideias e valores de certa cultura ou ordenamento jurídico, é necessário verificar se aquela norma favorece o desenvolvimento do ser humano ou não.

Não está se defendendo aqui a exclusão dos ordenamentos jurídicos ou mesmo que seria possível não utilizá-los sob o pretexto de que não favorecem ao desenvolvimento existencial, deve-se lembrar aqui do termo hegeliano *aufheben*, que significa, ao mesmo tempo, um conservar, negar e guardar o conhecimento (experiência) anterior em um plano mais evoluído.

Hegel se preocupa em preservar a fim de possibilitar a reflexão crítica, e hoje, a Pós-Modernidade representa o *aufheben* por integrar e dialogar com os saberes produzidos no decorrer da história¹⁹⁶. Não se deve eliminar o Direito atual, mas atualizá-lo, levá-lo a um novo nível sem perder as suas raízes, as suas conquistas.

Nesse período histórico que nos encontramos é necessário que não seja aplicado as normas e textos legais de modo cru, mas atentar-se aos resultados provocados por ela. Aplicar uma norma de modo simplista sem pensar na pessoa é colocar a instituição acima do ser humano.

É nesse sentido que se defende o critério ético-existencial, como um critério que não parta de valores e princípios fixos a uma cultura, mas que busque sempre o ser humano como destinatário, e que imponha ao operador jurídico sempre a tarefa de verificar se a norma e o modo de como ele está aplicando o direito favorece ao indivíduo ou não.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No mundo globalizado e transnacional, efeitos que ocorrem em determinado lugar interferem na vida de pessoas de todo o globo, de modo que os eventos passam a ser ainda mais significativos. Um acontecimento trágico como o da boate Kiss, em Santa Maria (RS –

¹⁹⁶ AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes. **Rumo à cidadania sul-americana: reflexões sobre a sua viabilidade no contexto da UNASUL a partir da Ética, Fraternidade e Sustentabilidade**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2012. p. 122.

Brasil), repercute mundialmente e exige dos representantes políticos mais medidas de segurança, alterando e criando normas jurídicas em vários lugares do globo.

Este é o mundo transnacional, cujas consequências de um evento não conhecem limites territoriais. Nesta realidade, em que alguns países influenciam tanto os demais, em que culturas se comunicam tanto, como deve reagir o Direito?

O presente artigo tentou demonstrar que o discurso da globalização não necessariamente favorece a todos, pois com tantas diversidades culturais é complexo tentar criar normas que respeitem tantas particularidades. Daí surge a necessidade central de um critério ético humanista, que tente vislumbrar o Direito e a Transnacionalidade como um momento propício ao desenvolvimento social e humano. Não é momento de privilegiar aspectos que reforcem esta ou aquela cultura, mas o próprio ser humano, o que significa aprofundar-se em um estudo realmente ontológico do ser humano.

De fato não é simples propor uma norma que seja essencialmente humanista e favorável ao ser humano em si mesmo, e não a parcelas da sociedade, mas o esforço é necessário e fundamental. O critério ético e existencial, a partir do momento em que se pauta em um dado objetivo: 'se a norma contribui ou para o desenvolvimento humano', é um caminho que pode auxiliar na construção de um direito humanista, pois não parte de princípios culturais emanados por determinado povo, mas busca aprimorar as condições de vida e desenvolvimento de cada ser humano.

Entretanto não é permitida a esquiva da pesquisa fundamental: tentar compreender melhor o ser humano, em sua própria natureza, conforme faziam os antigos sábios gregos, romanos e renascentistas. Este é o desafio de um critério ético e humanista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes. **Rumo à cidadania sul-americana: reflexões sobre a sua viabilidade no contexto da UNASUL a partir da Ética, Fraternidade e Sustentabilidade.** Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2012.

ATHAMINA, Khalil. **How did Islam contribute to change the legal status of women:** the case of the Jawari or the female slaves. *Al-Qantara (AQ)* XXVIII 2, p. 383-408, jul./dez. 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BELLA, Gianluca Maria. O “Direito” no Espaço Jurídico Globalizado: Perfis de Direito Administrativo Internacional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 44, n. 174, p. 165-173, abr./jun. 2007. p. 167-168.

BLANC, Mafalda de Faria. **Estudos sobre o Ser**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1998.

CALDAS, James Corrêa. **O Impacto da Globalização no Direito do Trabalho na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional Econômico) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2011.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais. **Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade**, Itajaí, v. 2, n.1, 2010.

GALTUNG, Johan. **Direitos Humanos**: uma nova perspectiva. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

GILSON, Étienne. **El ser y los filósofos**. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1995.

GOLDBERG, Sylvie Anne. **Common law and Jewish law**: The Diasporic Principle of dina de malkhuta dina. *Behemoth. A Journal on Civilization*, p. 39-53, jan-dez.

GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007.

JAEGER, Werner. **Paideia**: a formação do Homem Grego. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 8. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004.

_____. **O Pós-moderno**. Rio de Janeiro: J.O., 1988.

LIPOVETSKY, Gilles. **Era do Vazio**: ensaios sobre o individualismo contemporâneo. Barueri: Manole, 2005.

MAFFESOLI, Michel. **Tempo das Tribos: o declínio do individualismo nas sociedades de massa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MCLUHAN, Marshall. **La aldea global**. Barcelona: Gedisa, 1993.

OLVIEIRA, Thiago Vieira Mathias de. **A Relação de Poder e a Reorganização da Atuação Estatal no Domínio Econômico Diante dos Processos de Globalização**. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2009.

SEARLE, John. **Intencionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SOARES, Josemar Sidinei. A Ética como critério para mediação de conflitos entre sistemas jurídicos na contemporaneidade. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 39, p. 140-163, jul./dez. 2011.

_____. **Consciência-de-si e Reconhecimento na Fenomenologia do Espírito e suas implicações na Fenomenologia do Espírito**. 312f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

_____. O critério ético da norma jurídica como ponto de superação do juspositivismo na contemporaneidade. **Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade**, Itajaí, v. 2, n. 2, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

THE TRANSFORMATIONS OF CITIZENSHIP IN THE EUROPE OF MIGRATIONS: HISTORICAL ROOTS AND PROSPECTS FOR THE FUTURE

Maria Chiara Locchi¹⁹⁷

1. CITIZENSHIP AS A LEGAL CATEGORY OF EXCLUSION: HISTORICAL ASPECTS

The growth and consolidation of international migrations to Europe has raised many interesting legal questions. The steady presence of millions of residents without national citizenship within European constitutional states has turned out to be an extraordinary disturbing factor on the link “subject-belonging-rights” and has brought up the necessity to reconsider traditional legal categories of inclusion and exclusion with respect to the political community. The regulation of such conditions of inclusion and exclusion, as well as the differences between insiders and outsiders in terms of capacity and rights, represents a privileged object of Western law. In fact, it can be argued that Western law was born with the act of “bordering”, on the assumption that the relationship between “border” and “law” is the founding paradigm of Western legality, which connects order and social peace to the canon of exclusion spreading from the establishment of a linear *regula*.

Over the centuries many normative constructions and theoretical reflections have followed on the issues of subject’s belonging and extraneousness, producing different legal categories and devices, some of which still exist today, even with considerable changes. In particular, the concept of citizenship is an unavoidable step in the analysis of “alien” as a legal figure in Europe after the rise of the Modern State¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Doutora em Direito Público Comparado pela Università degli Studi di Perugia.

¹⁹⁸ For a basic overview of the wide literature on citizenship see, among others, ZOLO Danilo (a cura di). *La cittadinanza: appartenenza, identità, diritti*. Roma-Bari: Laterza, 1995; GROSSO Enrico. *Le vie della cittadinanza: le grandi radici, i modelli storici di riferimento*. Padova: CEDAM, 1997; CORDINI Giovanni. **Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza**. Profili di diritto pubblico comparato. Padova: CEDAM, 1998; COSTA Pietro. *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*. voll. 1-4. Roma-Bari: Laterza, 1999-2001; MARSHALL Thomas Humphrey. **Citizenship and social class, and other essays**. Cambridge: Cambridge University Press, 1950; AMIRANTE Carlo. *Cittadinanza (teoria generale)*. In: **Enc. Giur. Treccani**, Roma: Treccani, VI, 2003; MEZZADRA Sandro (a cura di). *Cittadinanza. Ordine, soggetti, diritto*. Bologna: CLUEB, 2004.

Among the many aspects and dimensions of citizenship and its “discourse” throughout history, the *exclusion* profile undoubtedly is the most appropriate to highlight forms and intensity of the unequal condition of aliens compared to citizens¹⁹⁹.

The shift from Middle Ages to early modern age was characterized by the fragmentation of the notion of alien: the multiplicity and parcellization of medieval political and legal institutions converted into the complexity of different belongings and related forms of legal exclusion. The coexistence of two different political dimensions – the one, represented by the Church and the Empire, universal by vocation, and the other, fragmented and “anarchic”, of the various medieval *corpora* and centers of power – implied the conferral of the quality of alien to different subjects: the non-Christian, as well as the *aubain* as extraneous to the feud. The most interesting aspect of the thematization of extraneousness in Middle Ages was the ambiguous interconnection of opening-closing dynamics, which corresponded to, on the one hand, the permeability and flexibility of borders of political-territorial entities and, on the other hand, the fluidity of the forms of belonging. In fact, the individuation of “aliens” was imprecise and so were the community which the condition of “alien” was related to and the fragmented legal sources of that condition: the *aubain* was the one who was born in a different feud and, *at the same time and therefore*, was not tied to the lord of the fief by a personal bond of loyalty²⁰⁰.

Within the complex constellation of medieval, pre-state political forms, anyway, the alien could also be a *forain*, the one who was extraneous to the town, the city-state. In the city microcosm the opening-closing dynamic was all the more difficult and ambivalent: on the one hand, the stronger corporatist and autonomist dimension enhanced the inclusive belonging of the citizen and, therefore, the related exclusion of non-citizens; on the other

¹⁹⁹ COSTA Pietro. *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*. vol. 1. Dalla civiltà comunale al Settecento. p. XXI. On the “horizontal” dimension of citizenship as the right/duty to participate in the political life of the *polis*, see the classical Marshall, Thomas Humphrey. *Citizenship and social class, and other essays*. For a quick overview of the different interpretations of citizenship, STAIANO Sandro. **Migrazioni e paradigmi della cittadinanza**: alcune questioni di metodo. *federalismi.it*, 3.11.2008, p. 12.

²⁰⁰ PARDO NÚÑEZ Celestino Ricardo. *Extranjería y Democracia: sobre la historia de la reserva del status civitatis a los nacionales*. In MARZAL Antonio y otros (a cura di). **Migraciones económicas masivas y derechos del hombre**. Barcelona: J.M. Bosch, 2002, p. 166. On the legal status of the *aubain* and, in particular, on the *droit d'aubaine* (which was the right of the lord, and then of the King, to inherit from the non-naturalized alien who had died in the fief), see VINCI Stefano. *L'integrazione dello straniero in Europa. Dal diritto di albinaggio alla tutela dell'unità familiare*. In: LEMPA Florian, TAFARO Sebastiano. **Rodzina i Społeczeństwo. Wczoraj i Dziś**, Białystok; Temida 2, 2006, p. 89; BOULET-SAUTEL Marguerite, *L'aubain dans la France coutoumière du Moyen Age*. In: **L'étranger – Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative de l'institutions**. Paris: Dessain et Tolra, 1984, p. 75.

hand, the urbanization movement and consequent mobility implied a certain opening to the outside²⁰¹.

Over the centuries the fragmented hierarchical bonds and the multiple powers of feudal society have been standardized by centralizing and rationalizing territorial monarchies which emerged in modern Europe. More precisely, the new and, to some extent, revolutionary phenomenon which founded the modern State was the prince's power to "make a new law", breaking up with the *Ständestaat* ("State of Estates") and its law as the sum of rules, privileges and obligations of each estate. The prince, and then the monarch in the Absolutist State, therefore had a flexible and functional instrument to impose his will – his *sovereignty* – according to paradigms increasingly universal and abstract. The definition of the "personal basis" of the newly born European States was also involved in this process of homogenization and generalization: the notion of "citizenship" – a general *status* of membership, consisting of rights and duties which permanent residents on State territory are entitled to – has been gradually established as the result of the struggle against privileges and immunities of feudal lords and corporate bodies²⁰². The "new" sovereignty of European territorial monarchs implied an individual who was detached from the hierarchy of bodies and estates and, as a subject, was directly linked to the monarch by a structure of mutual obligations. The rhetorical instrument of the *pactum* between the subjects and the monarch, which was elaborated by seventeenth-century natural law philosophers, highlighted "the subject himself" and the "natural rights" that he enjoys before his admission into the political community. The natural law paradigm, although it greatly influenced the theoretical debate in later centuries, did not succeed in removing the other conceptions of belonging to the community, such as the "corporatist" tradition which had promoted the inclusion of the individual into the different political bodies since the rise of the Communal age²⁰³.

The deep transformations which the legal categories of sovereignty, membership and relationship between individuals and power have gone through in the modern age did not

²⁰¹ ULLMANN Walter. *The individual and society in the Middle Ages*. Baltimore: Johns Hopkins Press, 1966, p. 50.

²⁰² BRUBAKER Rogers. *Citizenship and Nationhood in France and Germany*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992, p. 41: the words *citoyen*, *Bürger* and *Staatsbürger* came to be used to denote the subject in general, irrespective of his corporate attachments.

²⁰³ COSTA Pietro. *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*. vol. 2. *L'età delle rivoluzioni*. p. IX-XV, who thinks that the two theoretical conceptions (the "natural law" one and the "corporatist" one) seem to converge into the idea of the "sovereign nation".

neutralize the exclusionary dimension of citizenship. On the contrary, such a dimension has been potentiated together with the increasing value of the inclusion in the community. A relevant change rather involved the “belonging markers” and, therefore, the very idea of extraneousness to the political group.

If the “local” and fragmented definition of inclusion and exclusion, typical of the medieval legal complexity, was destined to be swept away by the standardizing imprint of modern States, a different aspect, which had emerged in pre-modern age, would have influenced the legal dimension of belonging afterwards. This is *territory*, or rather the *fact* of being in a territory as a link to the political community and, therefore, as a title for the recognition of *rights*.

The complex relationship between State and territory is inherent in the transition from the State based on personal bonds (*Personeverbandstaat*) to territorial State in fifteenth century Europe and territorial control turned out to be a crucial feature of sovereign power²⁰⁴. The progressive acquisition of a monopolistic control of population *in connection with* the territory and mobility was hardly achieved by States through the establishment of linear borders, which have been increasingly fixed and effectively surveilled through the centuries. This process of “monopolization” was strategic in relation to the capacity of States to define and “embrace” their own citizens, the community of “those who belong”, in order to extract the resources they need to survive and consolidate²⁰⁵.

The centrality of the territorial dimension in the construction of modern states is, thus, closely linked to the problem of belonging: the configuration of a well-defined and surveilled territory implies a method to distinguish the legitimate members of the group, who have free access to the territory and are authorized to stay “within” the settled community, from those who remain “outside” and may be authorized to enter the territory (and the political group) only under certain conditions. The consolidation of such a necessity produced a “rationalization” of the mechanisms of discriminating between citizens and aliens, which have been increasingly determined by homogenous and universal legal

²⁰⁴ MAÇZAK Antoni. Lo stato come protagonista e come impresa: tecniche, strumenti, linguaggio. In: AYMARD Maurice (Org.). **Storia d'Europa**. vol. IV. L'età moderna. Sec. XVI-XVIII. Torino: Einaudi, 1995, p. 125.

²⁰⁵ TORPEY John. **The Invention of Passport. Surveillance, Citizenship and the State**. Cambridge: CUP, 2000, p. 11. FOUCAULT Michel. Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978). Milano: Feltrinelli, 2007, p. 226 (ed. or. Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France 1977-1978. Paris: Seuil/Gallimard, 2004), proposed a suggestive explanation of the birth and implementation of the techniques which are ascribable to the “reason of state”, as the ability of rational governments to increase the strength of the state.

categories, in principle irrespective of cultural, religious and personal differences and based on a political idea of belonging to the State.

It is well known that the modes of edification of the political and institutional structures of “State” in Europe were deeply different²⁰⁶ and that influenced the formalization of the *status* of citizens and aliens. The comparative-historical as well as sociological literature has long since analyzed the processes of birth and development of modern State in Europe, particularly regarding the aspects of citizenship and nationality; France and Germany have been identified as models, respectively, of a state-centric (and assimilationist) and ethno-cultural (and differentialist) idea of national belonging²⁰⁷.

In France the reinforcement of a sovereign homogenous power on state territory, required the legal formalization of the different dimensions of subjection to that power and a new distinction between the condition of “subject”, as a rightful member of the state community, and that of “alien” who was temporarily subject to sovereign power. Within the French absolute monarchy, therefore, the *aubain* became the “alien to the kingdom”, identified by some territory-based indicators: in the 16th Century, in fact, the person who was born outside the kingdom or had not at least one parent citizen by birth (*naturel*) was “alien”. Later on, the king’s power faced a process of depersonalization and politicization, together with territorialization and politicization of the very notion of alien. The distinction between the condition of alien and the *qualité de français*, anyway, had not yet become so abstract and fixed as it turned to be later. It represented a rather practical question, which very often referred to litigations concerning inheritance and determined by *parlements* as judicial bodies applying customary practices and a case-by-case approach²⁰⁸. Many factors – connected to internal and external policy reasons, as well as the gradual diffusion of humanitarian theories – contributed to the progressive dismissal of *droit d’aubaine* since the last two centuries of the Absolute State, together with a mitigation of the forms of exclusion

²⁰⁶ See the classical work by ROKKAN Stein, URWIN Derek W. (eds.). **The politics of territorial identity**: studies in European peripheries. Beverly Hills: Sage, 1982.

²⁰⁷ On the opposition between French and German understandings of nationhood – which was yet proposed at the beginning of Nineteenth century by some German intellectuals in order to enhance cultural particularism against the rationalist and cosmopolitan character of the French Revolution – see the fundamental work of BRUBAKER Rogers. *Citizenship and Nationhood in France and Germany*.

²⁰⁸ See VANEL Marguerite. *Histoire de nationalité française d’origine*. Paris: Ancienne Imprimerie de la Cour d’appel, Paris, 1945, p. 60 s, who does not deny the existence of rules distinguishing between the two “qualities” of citizen and alien, but remarked that these rules were the result of an *ex post* generalization, on the basis of particular and often exceptional decisions.

and an improvement in the life conditions of aliens. Afterwards it can be observed that a generous naturalization policy and a broader definition of original citizenship have been undertaken; this was due to, on the one hand, the increasing migrations to France, since the second half of 16th Century, and, on the other hand, the need to keep and include a larger amount of workers within the national community, who had a crucial role in the economic and political development of the State²⁰⁹.

In the German area, unlike in France, the origin of the Modern age did not coincide with the rise of a territorial and centralized State. The Roman-German Empire was a supra-national and highly fragmented political entity and it functioned as a container of many, relatively autonomous, socio-political communities, such as estates, feuds, independent cities, union of cities and corporate bodies, principalities and then more or less sovereign states. In such a context the decisive belonging remained for a long time that to the estates (*stände*) and local communities, whose local sphere of sovereignty determined the rights of the subject, first of all his right of residence²¹⁰. The distinction between the concepts of citizen and alien has followed the long and slow process of territorialization and homogenization of power and belonging within the different state entities arising after Westfalia (1648). The reduction in complexity of the multiple individual affiliations was achieved by referring to the notion of “*subditus*”, the individual residing in a territory which was subject to the authority and jurisdiction of a prince. In reality, the distinction citizen/alien was not at all a central one in the legal experience of German modern states. In fact, from a positive law perspective, the formalization of the notion of *subditus* in the Constitutions and other fundamental legal documents was more focused on the amalgam of the multiple belongings within the State frame and the legal sanction of the subjection of residents to the territorial sovereign power. The excluding dimension of belonging – regarding the sharp separation between an “inside” and an “outside” – was still recessive. From an administrative practices perspective, on the other hand, the non-existence of centralized authorities who covered the entry and stay of individuals on the territory, as well as an effective system of personal identification in order to ascertain the individuals’

²⁰⁹ See VILLERS Robert. La condition des étrangers en France dans le trois derniers siècles de la monarchie. In: **L'étranger – Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative de l'institutions**, p. 146 s. and VANEL Marguerite. Histoire de nationalité française d'origine, p. 70.

²¹⁰ See FAHRMEIR Andreas. **Citizens and Aliens: foreigners and the law in Britain and German States 1789-1870**. London: Berghahn Books, 2000, p. 17 and NATHANS Eli. **The Politics of citizenship in Germany: ethnicity, utility and nationalism**. New York: Berg, 2004, p. 17.

belonging to a State, contributed to maintain the crucial role of the inclusion into estates, corporate bodies and cities²¹¹.

On the eve of the French Revolution and the development of constitutionalism in Continental Europe, the dynamic inclusion/exclusion was therefore consolidated around the category of citizenship, as an essential tool for strengthening the modern State and its capacity of defining the community of those who fully belong to it, as opposed to aliens. The French Revolution certainly represents an important turning point regarding theoretical and legal thematization of the link between subject, belonging and rights: although highly ambiguous, the conceptual apparatus as well as the numerous constitutional and legal documents framed during the Revolution marked a point of no return for the fortune of constitutionalism, even in the field of the rights of aliens²¹². Such ambivalence reflected the coexistence of two ideological components of the Revolutionary discourse: on the one hand, the universalistic ideal of 17th century cosmopolitan philosophy and, on the other hand, the nationalist ideal of Monarchic State²¹³. Far from being two separated and subsequent stages, they interfered during the different phases of the Revolution. The same legal text is often ambiguously framed: the 1789 *Declaration of the Rights of Man and the Citizen*, for example, explicitly claims that both “Man” and the “Citizen” are entitled to rights, which is not a banal statement at all. The reciprocal implication between extraneousness and belonging is well demonstrated by the crucial role of the political community as the effective agency for the protection of individuals’ rights and sharply emerges from the first three articles of the *Declaration*: in Article 1 original equality of men in rights is solemnly sanctioned, but already in the following Article 2 a shift can be noted from the universal condition of “man” to the particularistic notion of “political association”, which is definitively identified as the “nation”

²¹¹ See FAHRMEIR Andreas. Governments and Forgers: Passports in Nineteenth-Century Europe. In: CAPLAN Jane, TORPEY John (eds.). **Documenting individual identity: the development of state practices in the modern world**. Princeton: PUP, 2001, p. 218-219.

²¹² On the position of alien within the French Revolution see VANEL Marguerite. Histoire de la nationalité française d’origine; PORTEMER Jean. L’étranger dans le droit de la Révolution française. In: **L’étranger – Recueils de la Société Jean Bodin pour l’histoire comparative des institutions**; AZIMI Vida. L’étranger sous la Révolution. In: VOVELLE Michel (éd). **La Révolution et l’ordre juridique privé, rationalité ou scandale? Actes du Colloque d’Orléans, 11-13 sept. 1986**. Paris: PUF, 1988; WAHNICH Sophie. L’impossible citoyen: l’étranger dans le discours de la Révolution française. Paris: Albin Michel, 1997; RAPPORT Michel. **Nationality and Citizenship in Revolutionary France**. The Treatment of Foreigners 1789-1799. Oxford: OUP, 2000; BASCHERINI Gianluca. **Immigrazione e diritti fondamentali**. L’esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee. Napoli: Jovene, 2007, p. 15.

²¹³ See PORTEMER Jean. **L’étranger dans le droit de la Révolution française**. p. 533.

in Article 3²¹⁴. If it is arguable that with the Revolution, and particularly with its 1789 *Declaration*, the very fact of birth, of “bare life”, became a key political concept which is able to produce law, this general ambiguity is worth consideration: the dialectic between Articles 1 and 2 of the Declaration, in fact, clearly demonstrates that natural and inalienable rights are in principle recognized as rights of “men” since their birth but, at the same time, they are “preserved” in the figure of “citizens”²¹⁵. In this sequence the Revolutionary main theoretical question comes to light, that is the new conceptualization of the relationship between subjects, rights and the political community: the two dimensions of inclusion and exclusion are necessarily combined, with an attempt to settle the idea of an equal freedom of men in the state of nature with the corporatist principle according to which rights have to be recognized and protected within one of the many “collective entities” (State, nation, people, society)²¹⁶. Therefore the use of the terms “man” and “citizen” by the constitutional texts is marked by a certain nonchalance, which seems to be connected or rather a directly consequent to the fluidity of the related notions.

It is not correct to impute the detachment between man and citizen to the French Revolution, which, on the contrary, elaborated theories and legal solutions regarding the belonging to the political community in terms of a wide inclusion and participation. Nevertheless, 19th Nationalism could refer to revolutionary theories and norms as a material sufficiently ambiguous to be conceptualized in exclusionary terms. On the other hand, it is also well known that democratic Constitutions and their interpreters drew concepts and tools for the inclusion of aliens within the system of constitutional rights from the set of values and principles of revolutionary constitutionalism.

The emergence of Nationalism and the consolidation of Nation-states certainly marked the legal treatment of aliens in a decisive way during 19th Century; in fact, at that time a common feature of the different regulations of citizenship and legal condition of aliens was a renewed centrality of belonging in terms of “nationality” as a new unifying

²¹⁴ Article 1: “Men are born and remain free and equal in rights. Social distinctions may be founded only upon the general good”. Article 2: “The aim of all political association is the preservation of the natural and imprescriptible rights of man. These rights are liberty, property, security, and resistance to oppression”. Article 3: “The principle of all sovereignty resides essentially in the nation. No body nor individual may exercise any authority which does not proceed directly from the nation”.

²¹⁵ AGAMBEN Giorgio. *Homo sacer*. Il potere sovrano e la nuda vita. Torino: Einaudi, 2005, p. 140.

²¹⁶ See COSTA Pietro. *Civitas*. Storia della cittadinanza in Europa. vol. 2. L’età delle rivoluzioni, p. XIII. KRISTEVA Julia, *Étrangers à nous-mêmes*. Paris: Gallimard, 1988, p. 223, writes that “natural” man is immediately “political”, therefore “national”.

ideology. The thematization of belonging to the nation-state in terms of “national citizenship” corresponded to both a territorialization, with territory intended as the “home” of the Nation, and the enhancement of the specific virtues of every nation, intended as a “necessary unity” based on common ethno-cultural, political or ideal bonds, in contrast to the individualistic atomism of Natural Law tradition as well as revolutionary discourse²¹⁷. The trend of excluding aliens, for means of differentiation from other nations, was possible thanks to the establishment of stable and effective borders, which assured the correspondence between the extension of state territory and the area of geographical settlement of national community. Nation states certainly had material interests in a strict codification of belonging and extraneousness – in terms of public security, taxation, social and economic integration of the population – but the ideal aspect, not directly connected to immediate benefits, must not be underestimated. In fact, the legitimation of political and legal boundaries between insiders and outsiders was a precious tool in order to create and enhance an internal homogeneity.

Beside this process of radicalization of aliens’ exclusion, the other typical phenomenon of post-revolutionary liberal concept of citizenship was the progressive overlap between *citoyenneté* and *nationalité*, corresponding to the idea of national citizenship as a vertical bond between the citizen and the State: a citizen is a citizen insofar as he is a national and he is a national because he meets the requirements unilaterally determined by a national law²¹⁸. Therefore, apart from the different conceptions of nation and nationality, the nationalist principle stabilized and intensified a trend which had already appeared with the birth of modern territorial states, that is to say the decreasing importance of residence in the territory regarding the full political membership: national citizenship finally stood out as a general and exclusive *status*, virtually closed and steady over time. Correspondingly, the *status* of alien was consolidated and tended to become irreversible, since the admission to

²¹⁷ BRUBAKER Rogers. **Citizenship and Nationhood in France and Germany**. p. 8 e ss., observed that the national component of the French Revolution functioned as a conceptual and political basis for the rising of French Nationalism. If the French nation-state was invented in 1789, French nationalism was a product of war: the 1792 battle of Valmy, which was the first victory of the French army against the First Coalition, represented a significant step in the construction of national identity through the rhetoric of the “*patrie en danger*”, besieged by enemies and in need of military protection.

²¹⁸ GROSSO Enrico. **Le vie della cittadinanza: le grandi radici, i modelli storici di riferimento**. p. 229-230. Political rights were not the “heart” of citizenship anymore, but they represented an additional faculty which was “allowed” by the law if the citizen met some specific requirements. See, for example, Articles 40 of the 1814 French Const. and 34 of the 1830 French Const.

the territory was not sufficient anymore to neutralize the extraneousness resulting from being a non-national²¹⁹.

The political and constitutional legacy of nationalism soon proved to be a problematic issue for postwar democratic Constitutions in Europe²²⁰. In opposition to authoritarian and totalitarian regimes, democratic constitutions declare inviolable rights of *man*, by establishing them as natural principles and proclaiming the constitutional respect of international humanitarian law. It does not mean that the distinction between aliens and citizens regarding constitutional rights and liberties has no consequences anymore. The “dualism” of the rights of man and those of citizen – which can be also found in contemporary democratic constitutions – can be regarded both as a “double legitimation” of constitutional States and as an *aporia*, since almost all constitutional states are based on the principle of human dignity²²¹.

2. CITIZENSHIP AS A TOOL FOR INCLUSION: PROBLEMS AND PATTERNS.

It is well known that the current prevailing trend within the European legal doctrine is to overcome the literal meaning of constitutional norms in order to include aliens in the constitutional system of rights and liberties. On the other hand, national citizenship does still represent a legitimate *status* of legal differentiation²²².

Political rights is not the only field where citizens and aliens are treated in a different way: the lack of recognition of a right to enter and stay on the national territory marks the condition of aliens in terms of a structural legal precariousness. Since the entry to the national territory is qualified as a mere “legitimate interest” of aliens, they have to fulfill the conditions, which are unilaterally required by destination States regarding a legal entry and

²¹⁹ The tendentially irreversible character of the *status* of alien is well demonstrated by the decrease in naturalizations in the 19th Century, due to the exacerbation of naturalization requirements and the broadening discretion of public authorities, see WEIL Patrick. *Qu'est-ce qu'un Français?*. Paris: Gallimard, 2004, p. 50.

²²⁰ See FIORAVANTI Maurizio. *Appunti di storia delle costituzioni moderne*. Le libertà fondamentali. Torino: Giappichelli, 1995, p. 180 and DE FIORES Claudio. *Nazione e Costituzione*, vol. 1. Torino: Giappichelli, 2005, p. 388. On the necessity to interpret the traditional structural elements of a State – people, territory, power – from the perspective of “constitutional law as cultural science”, see HÄBERLE Peter. Stato costituzionale - I) Principi generali, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma: Treccani, XIX, 2000, p. 7.

²²¹ See HÄBERLE Peter. *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 85.

²²² See LOCCHI Maria Chiara. *I diritti degli stranieri*. Roma: Carocci, 2011.

residence²²³. Only in this case their *de facto* presence in the territory is translated into a legal residence, which is able to activate the constitutional protection of his/her rights and liberties²²⁴. Therefore, the discretionary qualifications elaborated in the framework of immigration law (“irregular alien”, “regular alien”, “long-term resident”, etc.) are inserted in that “constitutional vacuum”, which corresponds to the relationship between the alien and the territory of the State. These qualifications *concretely* modulate the protection of those rights and liberties that aliens are entitled to as *abstract* subjects. Legal inclusion and constitutional protection, obviously, increase in proportion to the integration of the alien within the national community, always providing that integration could fit into the categories and qualifications predetermined by law. As a consequence, irregular aliens only have a minimum set of “very fundamental rights”, intended as those indefeasible rights strictly connected to human dignity, while long-term residents enjoy such a wide range of rights and liberties to make some scholars evoke a “post-national citizenship” as a form of integration through rights which is almost irrespective of nationality²²⁵.

Considering the deep transformations produced by migrations – in terms of stabilization of long-term residents and quantitative increase of the so-called second and third generation immigrants – the legal solutions of European immigration countries regarding the acquisition of citizenship are different.

The German model of national membership was already mentioned as a predominantly ethno-cultural one, with a focus on blood descent in opposition to sharing common principles and values. The conception of the 1913 nationality law, which was based on the principle of *ius sanguinis*²²⁶, was also reproduced by the 1949 Basic Law, whose

²²³ The distinction between “legitimate interest” – which is «legally protected only insofar as it is either compatible with the public interest or is the incidental result of the lawful exercise of administrative power» - and “subjective right” – which is «an individual’s right protected as such and unconditionally by law» - is a key concept of Italian administrative law, LAMBERT Hélène, MESSINEO Francesco, TIEDEMANN Paul. Comparative Perspectives of Constitutional Asylum in France, Italy and Germany: Requiescat in Pace?. *Refugee Survey Quarterly*, 27 (3), p. 24, 2008.

²²⁴ See ALGOSTINO Alessandra. Note sulla titolarit   della libert   personale e di circolazione e soggiorno dello straniero extracomunitario. In: BIN Roberto, BRUNELLI Giuditta, PUGIOTTO Andrea, VERONESI Paolo (a cura di). **Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione**. Torino: Giappichelli, 2001, p. 25 and BREILLAT Dominique. Une libert   en p  ril: la libert   d’aller et venir. In: **Mélanges offerts    Jorge Campinos**. Paris: PUF, 1996, on the connection between the “external” aspect of freedom of circulation (right to entry) and the effective protection of its “internal” dimension (freedom of circulation within the national territory).

²²⁵ See HAMMAR Tomas. **Democracy and the Nation State: Aliens, Denizens and Citizens in a World of International Migration**. Aldershot: Avebury, 1990, for the expression “denizenship”, which refers to the condition of long-term residents, who enjoy equal civil rights and welfare entitlements.

²²⁶ According to Section 8 of the 1913 law, German nationality could also be acquired through naturalization, which was nevertheless subordinated to harsh requirements, such as ten years of habitual residence in Germany and a complete cultural assimilation of the alien: in any case naturalization was issued only whether it was “in the interest of Germany”.

Article 116²²⁷ expressed the will to protect those who had “German origin” and had been expelled from the eastern territories of the former *Reich*, then part of Poland, Czechoslovakia and USSR²²⁸. It was only at the end of the Nineties that the pathologies of the German regulation of migration and integration of permanent residents, in terms of exclusion and legal inferiorization, were seriously addressed in the framework of an intense public debate. Such a debate, which then led to the 1999 reform of German nationality law, was qualified by Seyla Benhabib as a “democratic iteration” between local authorities, trial judges, constitutional courts, immigrants themselves, which refers to a «complex process of public argument, deliberation and learning through which universalist claims are contested and contextualized, invoked and revoked, throughout legal and political institutions as well as in the public sphere of liberal democracies»²²⁹. The overcoming of the ethnic thematization of German citizenship was not only due to the issue of international migrations: the 1990 reunification, in fact, put an end to that historical reason which had contributed to found the idea of the German nation as a “community of descendants”, that is to say the need to include ethnic Germans “imprisoned” by communist regimes²³⁰. The result of such an important process of addressing and taking charge of those deep contradictions was a strong inclusive turn regarding the acquisition of citizenship, which made the current legal regime one of the most “welcoming” nationality law in Europe, especially regarding second generation immigrants. In fact, according to the 1999 *Gesetz zur Reform des Staatsangehörigkeitsrechts*, children of a foreign parent acquire German citizenship on condition that one parent has had a lawful habitual residence in Germany for eight years and that he or she is in possession of a secure residence permit (*ius soli*). An alien

The 1977 Guidelines for naturalizations required a good knowledge of German language as well as the political system of the Federal Republic of Germany, GEDDES Andrew. **The Politics of Migration and Immigration in Europe**. London: Sage, 2003, p. 94.

²²⁷ Article 116(1) of the German Constitution: «Unless otherwise provided by a law, a German within the meaning of this Basic Law is a person who possesses German citizenship or who has been admitted to the territory of the German Reich within the boundaries of 31 December 1937 as a refugee or expellee of German ethnic origin or as the spouse or descendant of such a person».

²²⁸ The maintenance of the ethno-cultural conception of citizenship contributed to legitimize the aspirations of Germany as the “nation-state” for all Germans. That allowed, from a practical point of view, the immediate issue of a German passport to those “East Germans” who succeeded in crossing the Berlin Wall and, from a symbolic perspective, the denial of the DDR’s claims regarding the existence of an “another” German people, see HANSEN Randall. *Citizenship, Immigration and Multiculturalism in Europe*. In: JOPPKE Christian, MORAWSKA Ewa (eds.). **Toward Assimilation and Citizenship: Immigrants in Liberal Nation-States**. Houndmills: Palgrave Macmillan, 2003, p. 90.

²²⁹ BENHABIB Seyla. **The Rights of Others: Aliens, Residents and Citizens**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 179.

²³⁰ See JOPPKE Christian. **Immigration and the Nation State: the United States, Germany and Great Britain**, Oxford: OUP, 1999, p. 144.

is entitled to naturalization after a habitual lawful residence of eight years and upon several other requirements, such as a declaration of loyalty to the free and democratic constitutional order and a sufficient knowledge of German language, the ability of earning a living without any recourse to social welfare and the absence of a criminal record.

In France, the basic trend was represented by the *ius soli*, which was closely linked to the inclusive idea of “nation” during the Revolution but was already present during the *Ancien Régime*, together with the concurring principle of *ius sanguinis*; in particular, the *ius soli* principle was sanctioned by the 1889 law, while a following law, in 1927, made naturalizations even easier with a view to face the population decrease. The portrayal of France as an “open” and integrative regime thanks to the stability, over time, of the criterion of *ius soli*, must not be absolutized. In fact, it should not be underestimated that French nationality law was established to the detriment of certain categories of persons: women, since a wife had to take her husband’s nationality until the 1927 reform; “French Muslims”, whose *status* of French nationals was regulated in a discriminatory way; naturalized French citizens, who, from 1889 and 1978, could not vote for five years and, up to 1983, could not be eligible for political assemblies and become a civil servant for ten years²³¹. The inclusive approach of the French model was seriously questioned only in the Eighties by some conservative political forces worried about the supposedly difficult integration of many immigrants. The debate arose because of the crucial connection between citizenship and immigration issues, which clearly showed the political implications of the nationality regime regarding highly topical questions as the financial crisis and the consequent rise in unemployment, increasing cultural and religious pluralism, xenophobic instincts exploited by far-right political movements, such as the *Front National*. The 1993 law was therefore characterized as a restriction to the access to French nationality and decrease of the importance of *ius soli* for aliens, especially second and third generation immigrants. Children, born in France, to foreign parents could not become “automatically” French anymore, having to declare their will between 16 and 21 years of age; the so-called double *ius soli*, which refers to the automatic acquisition of citizenship by children of a foreign parent born in France, was also drastically reduced regarding children of aliens born in the

²³¹ See WEIL Patrick. *Qu’est-ce qu’un Français?*. p. 316.

former French colonies²³². The strong criticism which followed the 1993 reform, with a focus on the rupture of the French tradition of *ius soli* as the fundamental principle of the conception of national belonging, led to further changes of French nationality legal regime, confirming the eminently political character of nationality law and its variability in relation to the different approaches to immigration. Therefore, after the last reforms, the current French nationality law is a mix of *ius sanguinis* and *ius soli*. Aliens born in France to foreign parents become French nationals at the age of 18, if they live in France and can demonstrate they have lived in France for five years since the age of 11 years. The manifestation of will is now required only if the child who wants to become French is between the ages 16 or 18 years or 13 and 16 years and he has lived in France since the age of eight years: the declaration has to be made, respectively, by the child himself or by the parents. Access to citizenship by declaration after marriage has been restricted, given that it is always suspected to favor the breach of immigration requirements, while naturalization is now subordinated to the proof of five years of permanent residence in France and a satisfying degree of “assimilation” to the French community²³³.

The growth and the consolidation of postwar international migrations towards European countries therefore represented a crucial factor in the transformation of citizenship both as a concept and as a legal device.

According to some scholars, the many rights and liberties of man, proclaimed by European democratic Constitutions as well as the different international and supranational conventions, should be regarded as the proof of the definitive neutralization of national citizenship as a tool of exclusion²³⁴. For a long time the main approach of European countries to the legal inclusion of immigrants has been the subordination of civil and social rights to the legal and stable residence in the territory, without considering the different ways of acquisition of citizenship. On the contrary, in the last decade, a new centrality of nationality

²³² On these aspects see LAGARDE Paul. La nationalité française rétrécie. *Revue critique de Droit international privé*, 4, p. 535, 1993. The 1993 nationality law (*loi Pasqua*) was an instrument of immigration control: this is well demonstrated by the fact that in the same year a second *loi Pasqua* was adopted on immigration matters, introducing further restrictions to the entry and residence of immigrants for family reunification and to the *status* of irregular aliens.

²³³ On the current regime of French nationality law see SALA CHIRI Guido. Il diritto dell’immigrazione in Francia. In: CORDINI Giovanni (a cura di). *Il diritto dell’immigrazione. Profili di diritto comparato. V quaderno de «Il diritto dell’economia»*, vol. 2, Modena: Mucchi, 2010, p. 485.

²³⁴ See, for example, SOYSAL Yasemin Nuhoglu. *Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe*. Chicago: University of Chicago Press, 1995, who stressed the importance of the extension of civil and social rights to “persons”, instead of “citizens”, in postwar European countries and talked about a “post-national membership”, and JACOBSON David. *Rights Across Borders: Immigration and the Decline of Citizenship*. Baltimore: John Hopkins UP, 1996.

in the public debate as well as the many legislative reforms aimed at facilitating birthright citizenship and naturalizations, seem to indicate a “reevaluation of citizenship” as a tool for integration into the social and political community. During the Nineties almost all EU countries, except Austria, Greece and Italy, passed a more flexible reform of the acquisition of citizenship by second generation immigrants; even those countries more marked by a traditional coincidence between *ethnos* and *demos*, like Spain, Belgium, Netherlands, Germany, have undertaken the process of de-ethnicization of citizenship. The increasing acceptance of multiple citizenship, allowed by the 1997 European Convention on Nationality, and the greater openness regarding naturalizations of long-term residents seem to go in the same direction.

Far from representing a “historical residue” indissolubly bound up with the fate of nation-states – which are viewed as being eroded from above and from below – citizenship is proving to be a flexible legal category, able to adjust to the changing needs of pluralistic societies and to evolve into a more inclusive membership criterion without losing its exclusionary potential. This exclusionary dimension is still critical regarding two major aspects which have been already mentioned: on the one hand, the incidence of immigration policies on the effective protection of those rights and liberties abstractly recognized to “human beings” and, on the other hand, the issue of political rights and their ongoing subordination to national citizenship in many European countries.

In fact, political rights represent an important testing ground for the effective overcoming of those legal categories which have been handed down from the 19th century public law tradition and have been passing through extraordinary social, political and legal transformations after the rise of democratic and pluralistic states in Europe. In 19th century Europe the consolidation of European nation states took place with a series of “fictions”, artificial reconstructions which have been functional to the legitimation and reinforcement of nation state as a liberal state. Citizens of the state were first of all members of the nation, which was regarded as a tendentially homogenous unity from an ethno-cultural perspective; citizens were entitled to political participation on the basis of their fictitious nature of “mere state bodies”²³⁵. The central role of human rights and guarantees in postwar European

²³⁵ Political rights are not considered as “fundamental rights” by both the majoritarian constitutional doctrine and constitutional courts, who support an unacceptable interpretation of political rights based on restricted suffrage and the theory of subjective public rights, RAPARELLI Valentina. **Recenti sviluppi del dibattito sul diritto di voto agli stranieri immigrati**. federalismi.it, 2, p. 4, 26.1.2006. See LUCIONI Carlo. Cittadinanza e diritti politici. Studio storico-comparatistico

constitutions revealed the deep contradictions between states' opening regarding the protection of human beings and nations' closing themselves off. This contradiction really exploded only with globalization and, in particular, with the increase of migrations as a powerful element of destabilization of the traditional unity of people-territory-sovereignty²³⁶.

Comparative studies regarding political rights of aliens show a very differentiated situation, even if most constitutions recognize political rights, and in particular the right to vote, only to citizens. Nevertheless, constitutional norms which literally refer only to citizens, thus apparently excluding aliens, can be interpreted differently, in terms of a "prohibition", a "faculty" or an "obligation" to grant those rights and liberties also to aliens. Some scholars maintain that aliens are not entitled to vote since constitutions have to be interpreted literally, so that citizenship-nationality coincides with citizenship-participation; according to this conception, some of them categorically dismiss the possibility that aliens could join political rights, while some others support the idea of such a recognition through a constitutional reform. A second position is based on the principle of legislative discretion on the matter of political rights, since constitutional norms granting rights to citizens should not be interpreted as excluding non-citizens. Aliens will therefore have a legislative, not constitutional, right to political participation. Finally, a minority of interpreters see political rights as a right to take part in the government of the country you live in, by virtue of an effective protection of the democratic principle; therefore, aliens are considered to be constitutionally entitled to political rights if they hold stable residence permits²³⁷.

In conclusion, comparative analyses show a "depressing landscape"²³⁸. Beyond the question of European citizens holding political rights as provided by European citizenship, as well as the exceptional cases of some specific categories of aliens entitled to vote at political

su confini della comunità politica. Roma: Aracne, for a historical analysis of the link between citizenship and political rights.

²³⁶ See CERVATI Angelo Antonio. Il diritto costituzionale europea e la crisi della dogmatica statualistica. **Diritto romano attuale**, 6, p. 21, 2001, on the inadequacy of a state conception of law to address the transformations of law both at national and supranational level.

²³⁷ See ALGOSTINO Alessandra. Il ritorno dei meteci: migranti e diritto di voto, **Costituzionalismo.it**, 13.4.2010 and ALGOSTINO Alessandra. I diritti politici dello straniero. Napoli: Jovene, 2006. See GROSSO Enrico. La titolarità del diritto di voto. Partecipazione e appartenenza alla comunità politica nel diritto costituzionale europeo. Torino: Giappichelli, 2001 and SANTOLAYA MACHETTI Pablo. El derecho de sufragio de los extranjeros. **Revista de estudios europeos**, 50, p. 25-33, 2008, on the recognition of political rights to aliens in European constitutional states.

²³⁸ SANTOLAYA MACHETTI Pablo, REVENGA SÁNCHEZ Miguel, **Nacionalidad, Extranjería y derecho de sufragio**. Madrid: CEPC, 2007, p. 13.

elections for historical reasons²³⁹, a few European states decided to adapt their conception of democratic citizenship to the increasing gap between the “people”, formed by all the stable residents, and the community of national citizens²⁴⁰.

3. EUROPEAN CITIZENSHIP: A MISSED OPPORTUNITY?

In the European context the question of belonging and citizenship has been enhanced with a new dimension since the 1992 Treaty of Maastricht, which established European citizenship as a supplement and complement of the rights conferred by national citizenship of one of the EU member states.

EU citizenship is now sanctioned by Article 9 of the TUE – which confirms that EU citizenship «shall be additional to and not replace national citizenship» – and by Article 18-25 of the TFUE. In particular, Article 20 of the TFUE entail the following rights: to move and reside freely within the EU; to vote for and stand as a candidate in European Parliament and municipal elections; to be protected by the diplomatic and consular authorities of any other EU country; to petition the European Parliament and complain to the European Ombudsman²⁴¹.

The characters and peculiarities of EU citizenship, in relation to national citizenship, have been one of the most debatable topics for a long time. On the one hand, its limits as an additional and complementary legal condition have been outlined by those who enhance the importance of the democratic dimension of citizenship, as implying the belonging to a *demos* and sharing of mutual obligations within the political community²⁴². On the other

²³⁹ The 2000 *Representation of the People Act*, for example, grants Commonwealth and Irish citizens, legally residing in the UK, voting rights in political elections.

²⁴⁰ Most European countries which accorded political rights to aliens are Northern European countries: Belgium, Denmark, Estonia, Lithuania, the Netherlands, Portugal, United Kingdom, the Czech Republic, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, Hungary. Almost all these countries require the proof of a stable and permanent residence, which can range from six months of Ireland to five years in Belgium, the Netherlands and Luxembourg. Only in Portugal, Spain and Czech Republic the reciprocity condition is also required.

²⁴¹ EU citizens are also entitled to the right to contact and receive a response from any EU institution, the right to access EU Parliament, European Commission and Council documents under certain conditions and the right of equal access to the EU civil service. Moreover, the Lisbon Treaty introduced a new form of public participation for EU citizens, the Citizens' initiative, which allows one million citizens who are nationals of a significant number of EU countries to invite the European Commission, within the framework of its powers, to submit any appropriate proposal on matters where citizens consider that a legal act of the Union is required for the purpose of implementing the Treaties (Article 11 TUE).

²⁴² See MAAS Willem. Unrespected, unequal, hollow? Contingent citizenship and reversible rights in the European Union. In: *Columbia Journal of European Law*, 15, 2009. On the debate *demos/no demos* and the related constitutional “ambiguity” of European Union see DE FIORES Claudio, Il fallimento della Costituzione europea. Note a margine del Trattato di Lisbona. In: *Costituzionalismo.it*, 10.4.2008.

hand, it has been noted that the dimension of Europe as a “space of circulation” affects the same EU citizenship, which can be effectively activated when individuals exercise their right to move and reside within the EU.

In the last years European citizenship has been deeply reframed, mainly by that judicial trend of the EU Court of Justice aiming at extending the community law protection beyond the traditional category of economically active workers, so that national restrictions to freedom of circulation as well as discriminations based on nationality are now subject to a strict proportionality scrutiny. In the framework of the “old” constitutionalism, that is the constitutionalism of the Treaties, European citizenship is conceived as a transnational citizenship closely linked to free market and right to free circulation. Therefore, the typical “European citizen” is represented by the mobile and dynamic transnational citizen who uses his EU rights in order to improve his personal situation or to enhance his human capital. However, the need to build a legal condition from which “static” European citizens could benefit too, has recently emerged both in the public discourse and within the legal doctrine. The latter is interconnected with the need to reframe EU citizenship in a stronger political sense, which creates many problems given that the very idea of a “European constitution” and of a “new” constitutionalism for Europe meets much opposition²⁴³.

In order to conceptualize the relationship between belonging to a socio-political community and holding right to political participation in a different way, EU citizenship seems to be a missed opportunity. In fact, the conceptual and legal shift achieved by establishing EU citizenship was the gap between the right to political participation, at least at local level, and national citizenship. However, it only operates regarding aliens who are citizens of EU countries. This produced a new and deeper form of exclusion regarding non EU immigrants, in addition to their traditional legal extraneousness as non-national. In fact, in the European context, non EU aliens are “excluded from the inside”, given that the national state logic, which affords an at least formal protection of individuals in as much as they are citizens of a state which is part of an inter-state mutual recognition dynamic, does not work anymore²⁴⁴.

²⁴³ Cfr. SHAW Jo. **Citizenship: Contrasting Dynamics at the Interface of Integration and Constitutionalism**. EUI Working Papers, RSCAS 2010/60, July 2010, p. 10, 19.

²⁴⁴ See BALIBAR Étienne. **Noi cittadini d'Europa?** Le frontiere, lo stato, il popolo. Roma: manifestolibri, 2004, p. 213-214 (ed. or. *Nous citoyens d'Europe? Les frontières, l'État, le peuple*. Paris: La Découverte, 2001) and RIGO Enrica. **Europa di confine**. Trasformazioni della cittadinanza nell'Unione allargata. Roma: Meltemi, 2007, p. 89.

In recent years a greater awareness about the need to grant residence-based political rights to non EU immigrants has been spreading among some political forces and civil society, with various interesting awareness campaigns regarding the opportunity of establishing a residence-based European citizenship²⁴⁵. Some important international conventions, such as the 1990 UN Convention of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and the 1992 Council of Europe Convention on the Participation of Foreigners in Public Life at Local Level, go in the same direction²⁴⁶.

The recent trend about political participation of non EU aliens is proving to be rather restrictive: both European and national citizenship has gained a new centrality in public discourse as an entitlement to political rights. At European level, for example, political and legal orientations regarding fundamental rights are marked by the valorization of EU citizenship; recently, the Lisbon Treaty has confirmed and strengthened the link between EU citizenship and the right to political participation within the “democratic” institutions of the European Union.

Compared to the 1999 Tampere European Council and the 2000 Charter of Fundamental Rights of the European Union, the Stockholm Programme is considered to represent a step back regarding the conception of Europe as a legal space founded on the centrality of human dignity and fundamental rights of human beings²⁴⁷. In fact, beyond the specific content of the political priorities regarding migrations and asylum, the same rhetoric and discourse about rights are obsessively centered on the figure of the European citizen. One of the Programme’s priorities, *A Europe that protects*, is designed in terms of «an internal security strategy [...] in order to further improve security in the Union and thus protect the lives and safety of citizens of the Union [...]»²⁴⁸.

Nevertheless, there are encouraging indications of an expanded protection, for non EU immigrants, based on EU citizenship in the EU Court of Justice jurisprudence, especially in the field of the right of non EU family members of EU citizens to reside and work in Europe.

²⁴⁵ In 2001 the French collective “Un(e) Résident(e), Une Voix” and the E.N.A.R. (European Networking Against Racism) promoted a campaign called “*Pour une véritable citoyenneté européenne*”, while in 2005 the petition campaign “*Diritti senza confini*” (“Rights without borders”) was launched in order to insert a specific provision regarding residence-based EU citizenship into the EU Constitution.

²⁴⁶ Indeed, the 1992 Council of Europe Convention has not been signed by many states; moreover, most signatory countries decided not to ratify the last of the three chapters, related to the right to vote in local authorities elections.

²⁴⁷ The 2010 Stockholm Programme – *An open and secure Europe serving and protecting citizens* sets out the EU’s priorities for the area of justice, freedom and security for the period 2010-2014 (2010/C 115/01).

²⁴⁸ See Riflessioni sul Programma di Stoccolma. **Intervista a F. Vassallo Paleologo**, www.storiemigranti.org. Gennaio 2010.

Traditionally, the right of EU citizens to be accompanied or joined by their non EU relatives was progressively germinated as a derivative right from the EU citizens' right to move and reside freely within the European Union, so that it appeared to be an instrument for an effective protection of the fundamental community principle of free circulation²⁴⁹. With the *Zambrano* case²⁵⁰ the Court declared that the right of non EU family members to reside in a EU country directly derives from the fact that their relative holds EU citizenship, on the basis of Article 20 of the TFEU. Once again, the decisive aspect was the risk that restrictive measures adopted by states exercising their power in immigration matters could undermine the *status* of EU citizen. However, for the first time, the right of the non EU family member to reside in Europe has not been derived from the freedom of circulation of the EU citizen. This extensive judicial trend was indeed reconsidered by the same Court of Justice with the following *McCarthy* decision²⁵¹. In fact, on the one hand, the Court reaffirmed that EU citizenship is intended to be the fundamental status of nationals of the member States and that national measures which have the effect of depriving EU citizens of the genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by virtue of that status are precluded. On the other hand, in the specific *McCarthy* case, the restrictive national measure against the non EU subject (Mr McCarthy) did not have the effect of obliging the EU citizen (Mrs. McCarthy) to leave the territory, since she enjoyed an unconditional right of residence in the UK. With the subsequent *Dereci* case²⁵² the Court added a further element to the legal construction of EU citizenship as a fundamental status to which non EU citizens' rights may

²⁴⁹ With the *Eind* (C-291/95, 11.12.2007) and *Metock* (C-127/08, 25.7.2008) decisions, the EU Court of Justice made some important steps forward in terms of disconnecting the right of non EU family member to reside in Europe from the *status* of worker and, more generally, of economically active person of the EU citizen, as well as from a previous legal residence in an EU member state.

²⁵⁰ *G.R. Zambrano v. Office National de l'emploi*, C-34/09, 8.3.2011. The case concerned a Colombian national and his wife of the same nationality, illegally residing in Belgium, who had two children who were born in Belgium and acquired Belgian nationality. The question was whether the provisions of the TFEU on European Union citizenship were to be interpreted as meaning that they confer a right of residence on a third country national – upon whom his minor children, who were European Union citizens, are dependent – in the Member State of which the children were nationals and in which they resided.

²⁵¹ *Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department*, C-434/09, 5.5.2011. The case involved Mrs McCarthy – a national of the UK and also an Irish national – who was born and has always lived in the UK and has never argued that she is or has been a worker, self-employed person or self-sufficient person, being in receipt of State benefits. Since Mrs McCarthy's husband – a Jamaican national – was refused a residence permit, she invoked a right to reside as a Union citizen, claiming that Article 3(1) of Dir. 2004/38 was applicable to the situation of a Union citizen who has never exercised her right to free movement.

²⁵² *Dereci a. o. v. Bundesministerium für Inneres*, C-256/11, 15.11.2011. The case involved five separate applications: the first three concerned two adult men and one adult woman, all non EU nationals married to Austrian nationals, who had always lived in Austria without exercising their rights of free movement; the fourth and fifth cases were about two adults, non EU citizens seeking to join or remain with one of their parents, also Austrian nationals who had never lived outside Austria. None of the EU citizens were dependent on their third country nationals family members.

be linked: Union citizens who have never exercised free movement rights cannot for that reason alone be assimilated to a “purely internal situation”; a right of residence may not, exceptionally, be refused to a third country national as the effectiveness of EU citizenship enjoyed by the EU citizen would otherwise be undermined. National courts will have to assess if national immigration measures lead to the denial of the genuine enjoyment of the substance of EU citizenship rights, considering that “mere” economic or family-related reasons are not sufficient to support the view that the EU citizen will be forced to leave the EU territory if the non EU citizen’s right of residence is not granted.

CONCLUSIONS

The concept of citizenship has proved its extraordinary complexity and fluidity through the centuries, showing the multiple implications in relation to the rise and the consolidation of modern European nation states and its articulated dimension as a tool for both inclusion and exclusion.

The multiple tensions which states are exposed to in the framework of the complex process of globalization require a new conceptualization of belonging, especially regarding the role of international migrations as a powerful factor of perturbation of the traditional distinction between insiders (national citizens) and outsiders (aliens as non-citizens).

On the one hand, some recent reforms of the laws on the acquisition of citizenship in most European countries have marked an important step forward in terms of taking into account the new needs and demands of immigration societies, especially regarding the so-called second-generation immigrants and naturalizations as well as immigrants’ political rights.

On the other hand, citizenship has proved to be resilient to the numerous changes and tensions, as it is well demonstrated by the diffusion of integration and citizenship tests in Europe²⁵³ and, more generally, by the increasing thematization of citizenship in cultural terms.

²⁵³ See LOCCHI Maria Chiara. L’accordo di integrazione tra lo Stato e lo straniero (art. 4-bis T.U. sull’immigrazione n. 286/98) alla luce dell’analisi comparata e della critica al modello europeo di “integrazione forzata”. *Rivista AIC*, n. 1, 2012, 14/03/2012.

Although some recent ECJ decisions signal an important turning point, EU citizenship still remains an ambiguous instrument for the protection of the rights of immigrants, since it is closely linked to the freedom of circulation within the EU and it is based on the idea of the right to enter and stay of non EU aliens as instrumental to the *status* of EU citizens.

It seems rather unrealistic to definitely overcome “citizenship” as a political and legal relation between the individual and the State, but it certainly has to be reframed in order to address the new challenges of inclusion and participation within pluralistic societies. The establishment, both at national and European level, of an effective residence-based citizenship is the only perspective that seems to respect the principle of democracy as well as the others fundamental principles and rights of pluralistic constitutions, given that it provides a better correspondence bet.

REFERENCES

AGAMBEN Giorgio. Homo sacer. **Il potere sovrano e la nuda vita**. Torino: Einaudi, 2005.

ALGOSTINO Alessandra. Note sulla titolarità della libertà personale e di circolazione e soggiorno dello straniero extracomunitario. In: BIN Roberto, BRUNELLI Giuditta, PUGIOTTO Andrea, VERONESI Paolo (a cura di). **Stranieri tra i diritti**. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione. Torino: Giappichelli, 2001.

AMIRANTE Carlo. Cittadinanza (teoria generale). In: **Enc. Giur. Treccani**, Roma: Treccani, VI, 2003.

AZIMI Vida. L'étranger sous la Révolution. In: VOVELLE Michel (éd). **La Révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale?** Actes du Colloque d'Orléans, 11-13 sept. 1986. Paris: PUF, 1988.

BALIBAR Étienne. **Noi cittadini d'Europa?** Le frontiere, lo stato, il popolo. Roma: manifestolibri, 2004, p. 213-214 (ed. or. Nous citoyens d'Europe? Les frontières, l'État, le peuple. Paris: La Découverte, 2001).

BASCHERINI Gianluca. **Immigrazione e diritti fondamentali**. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee. Napoli: Jovene, 2007.

- BENHABIB Seyla. **The Rights of Others: Aliens, Residents and Citizens.** Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- BOULET-SAUTEL Marguerite, L'aubain dans la France coutumière du Moyen Age. In: **L'étranger** – Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative de l'institutions. Paris: Dessain et Tolra.
- BREILLAT Dominique. Une liberté en péril: la liberté d'aller et venir. In: **Mélanges offerts à Jorge Campinos.** Paris: PUF, 1996.
- BRUBAKER Rogers. **Citizenship and Nationhood in France and Germany.** Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992.
- CERVATI Angelo Antonio. Il diritto costituzionale europea e la crisi della dogmatica statualistica. **Diritto romano attuale**, 6, 2001.
- CORDINI Giovanni. **Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza.** Profili di diritto pubblico comparato. Padova: CEDAM, 1998.
- COSTA Pietro. Civitas. **Storia della cittadinanza in Europa.** voll. 1-4. Roma-Bari: Laterza, 1999-2001.
- DE FIORES Claudio. **Nazione e Costituzione**, vol. 1. Torino: Giappichelli, 2005.
- FAHRMEIR Andreas. **Citizens and Aliens: foreigners and the law in Britain and German States 1789-1870.** London: Berghahn Books, 2000.
- FIORAVANTI Maurizio. **Appunti di storia delle costituzioni moderne.** Le libertà fondamentali. Torino: Giappichelli, 1995.
- FOUCAULT Michel. **Sicurezza, territorio, popolazione.** Corso al Collège de France (1977-1978). Milano: Feltrinelli, 2007, p. 226 (ed. or. Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France 1977-1978. Paris: Seuil/Gallimard, 2004)
- GEDDES Andrew. **The Politics of Migration and Immigration in Europe.** London: Sage, 2003.
- GROSSO Enrico. **Le vie della cittadinanza: le grandi radici, i modelli storici di riferimento.** Padova: CEDAM, 1997.
- HÄBERLE Peter. Stato costituzionale - I) Principi generali, in **Enc. Giur. Treccani**, Roma: Treccani, XIX, 2000.

HAMMAR Tomas. **Democracy and the Nation State**: Aliens, Denizens and Citizens in a World of International Migration. Aldershot: Avebury, 1990.

HANSEN Randall. Citizenship, Immigration and Multiculturalism in Europe. In: JOPPKE Christian, MORAWSKA Ewa (eds.). **Toward Assimilation and Citizenship**: Immigrants in Liberal Nation-States. Houndmills: Palgrave Macmillan, 2003.

JACOBSON David. **Rights Across Borders**: Immigration and the Decline of Citizenship. Baltimore: John Hopkins UP, 1996.

JOPPKE Christian. **Immigration and the Nation State**: the United States, Germany and Great Britain, Oxford: OUP, 1999.

KRISTEVA Julia, **Étrangers à nous-mêmes**. Paris: Gallimard, 1988.

LAGARDE Paul. La nationalité française rétrécie. **Revue critique de Droit international privé**, 4, 1993.

LAMBERT Hélène, MESSINEO Francesco, TIEDEMANN Paul. Comparative Perspectives of Constitutional Asylum in France, Italy and Germany: Requiescat in Pace?. **Refugee Survey Quarterly**, 27 (3), 2008.

LOCCHI Maria Chiara. **I diritti degli stranieri**. Roma: Carocci, 2011.

LOCCHI Maria Chiara. L'accordo di integrazione tra lo Stato e lo straniero (art. 4-bis T.U. sull'immigrazione n. 286/98) alla luce dell'analisi comparata e della critica al modello europeo di "integrazione forzata". **Rivista AIC**, n. 1, 2012, 14/03/2012.

LUCIONI Carlo. **Cittadinanza e diritti politici**. Studio storico-comparatistico su confini della comunità politica. Roma: Aracne, 2008.

MAAS Willem. Unrespected, unequal, hollow? Contingent citizenship and reversible rights in the European Union. In: **Columbia Journal of European Law**, 15, 2009.

MAÇZAK Antoni. Lo stato come protagonista e come impresa: tecniche, strumenti, linguaggio. In: AYMARD Maurice (Org.). **Storia d'Europa**. vol. IV. L'età moderna. Sec. XVI-XVIII. Torino: Einaudi, 1995.

MARSHALL Thomas Humphrey. **Citizenship and social class, and other essays**. Cambridge: Cambridge University Press, 1950.

- MEZZADRA Sandro (a cura di). **Cittadinanza**. Ordine, soggetti, diritto. Bologna: CLUEB, 2004.
- NATHANS Eli. **The Politics of citizenship in Germany: ethnicity, utility and nationalism**. New York: Berg, 2004.
- PARDO NÚÑEZ Celestino Ricardo. Extranjería y Democracia: sobre la historia de la reserva del status civitatis a los nacionales. In MARZAL Antonio y otros (a cura di). **Migraciones económicas masivas y derechos del hombre**. Barcelona: J.M. Bosch, 2002.
- PORTEMER Jean. L'étranger dans le droit de la Révolution française. In: **L'étranger** – Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions.
- RAPARELLI Valentina. **Recenti sviluppi del dibattito sul diritto di voto agli stranieri immigrati**. federalismi.it, 2, 26.1.2006.
- RAPPORT Michel. Nationality and Citizenship in Revolutionary France. **The Treatment of Foreigners 1789-1799**. Oxford: OUP, 2000.
- RIGO Enrica. **Europa di confine**. Trasformazioni della cittadinanza nell'Unione allargata. Roma: Meltemi, 2007.
- ROKKAN Stein, URWIN Derek W. (eds.). **The politics of territorial identity: studies in European peripheries**. Beverly Hills: Sage, 1982.
- SALA CHIRI Guido. Il diritto dell'immigrazione in Francia. In: CORDINI Giovanni (a cura di). **Il diritto dell'immigrazione**. Profili di diritto comparato. V quaderno de «Il diritto dell'economia», vol. 2, Modena: Mucchi, 2010.
- SANTOLAYA MACHETTI Pablo. El derecho de sufragio de los extranjeros. **Revista de estudios europeos**, 50, 2008.
- SANTOLAYA MACHETTI Pablo, REVENGA SÁNCHEZ Miguel, Nacionalidad, **Extranjería y derecho de sufragio**. Madrid: CEPC, 2007.
- SHAW Jo. **Citizenship: Contrasting Dynamics at the Interface of Integration and Constitutionalism**. EUI Working Papers, RSCAS 2010/60, July 2010.
- SOYSAL Yasemin Nuhoglu. **Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe**. Chicago: University of Chicago Press, 1995.

STAIANO Sandro. **Migrazioni e paradigmi della cittadinanza**: alcune questioni di metodo. federalismi.it, 3.11.2008.

TORPEY John. **The Invention of Passport**. Surveillance, Citizenship and the State. Cambridge: CUP, 2000.

ULLMANN Walter. **The individual and society in the Middle Ages**. Baltimore: Johns Hopkins Press, 1966.

VANEL Marguerite. **Histoire de nationalité française d'origine**. Paris: Ancienne Imprimerie de la Cour d'appel, Paris, 1945.

VILLERS Robert. La condition des étrangers en France dans le trois derniers siècles de la monarchie. In: **L'étranger** – Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative de l'institutions.

VINCENTI Umberto. **Diritto senza identità**. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali. Roma-Bari: Laterza, 2007.

VINCI Stefano. L'integrazione dello straniero in Europa. Dal diritto di albinaggio alla tutela dell'unità familiare. In: LEMPA Florian, TAFARO Sebastiano. **Rodzina i Społeczeństwo. Wczoraj i Dziś**, Białystok; Temida 2, 2006.

WAHNICH Sophie. **L'impossible citoyen**: l'étranger dans le discours de la Révolution française. Paris: Albin Michel, 1997.

WEIL Patrick. **Qu'est-ce qu'un Français?** Paris: Gallimard, 2004.

ZOLO Danilo (a cura di). **La cittadinanza**: appartenenza, identità, diritti. Roma-Bari: Laterza, 1995.

