

**DIREITO PÓS-NACIONAL: UM ESTUDO SOBRE A
PROTEÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS FRENTE À CRISE
DOS ESTADOS NACIONAIS**

POSTNATIONAL LAW: A STUDY ON THE PROTECTION
OF LEGAL AFFAIRS IN THE FACE OF THE CRISIS OF THE
NATIONAL STATES

Elve Miguel Cenci*
Luiz Gustavo Campana Martins**

*Doutor em Filosofia em 2003 pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)
Mestre em Filosofia em 1998 pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)
Graduado em Direito em 2012 pela Faculdade Metropolitana Londrinense (UMP)
Graduado em Filosofia em 1992 pela Universidade de Passo Fundo (UPF)

** Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL)
Graduado em Direito em 2013 pelo Centro Universitário Filadélfia (UNIFIL)

Como citar: CENCI, Elve Miguel; MARTINS, Luiz Gustavo Campana. Direito pós-nacional: um estudo sobre a proteção dos negócios jurídicos frente à crise dos estados nacionais. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 3, p. 176-191, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p176. ISSN: 2178-8189

Resumo: Os Estados nacionais perderam competitividade frente à globalização e à comunicação digital. Nesse âmbito, urge a necessidade de superar essa crise, bem como de realizar uma nova leitura acerca dos negócios jurídicos, que leve em consideração a dignidade da pessoa humana e os princípios democráticos. Habermas, em *A constelação pós-nacional*, em vista da autolimitação das atribuições estatais, sugere como possibilidade de resposta a formação de fusões em âmbito mundial, de Estados Globais, para a recuperação da força política estatal e da própria soberania, em âmbito interno e externo. Enquanto que Marcelo Varella busca responder às crises, sob o prisma internacional, com a criação de um direito pós-nacional. Este artigo tem como hipótese que um direito pós-nacional, calcado na organização de blocos globais e instituições de força e soberania internacionais, sirva de resposta à crise dos Estados Nacionais e fortaleça uma leitura democrática dos negócios jurídicos. Através de uma metodologia bibliográfica e exploratória, faz-se uma leitura pós-nacional no cenário de constitucionalismo global.

Palavras-chave: Constelação Pós-Nacional. Direito Pós-Nacional. Crise do Estado-Nação. Negócio Jurídico.

Abstract: National states have lost competitiveness in the face of globalization and digital communication. In this context, there is a need to overcome this crisis, as well as to make a new read-

ing about legal affairs, which takes into account the dignity of the human person and democratic principles. Habermas, in *The Post-National Constellation*, in view of the self-limitation of state attributions, suggests as a possible response the formation of global mergers, of Global States, for the recovery of state political force and sovereignty itself, internally and external. And Marcelo Varella seeks to respond to crises from an international perspective by creating a post-national law. This paper hypothesizes that a post-national law, based on the organization of global blocs and institutions of international strength and sovereignty, will serve as a response to the crisis of national states and strengthen a democratic reading of legal affairs. Through a bibliographic and exploratory methodology, a post-national reading is made in the scenario of global constitutionalism.

Keywords: Post-National Constellation. Post-National Law. Nation-State Crisis. Juridic Business.

INTRODUÇÃO

Tendo em vista a discussão do tema a ser desenvolvido, no âmbito do direito negocial, é fundamental que preliminarmente se conceitue este, a fim de delimitar os desdobramentos deste trabalho. Com essa finalidade, entende-se o direito negocial, enquanto ramo do direito, como o conjunto de normas responsável pela interpretação, regulação e direcionamento dos negócios jurídicos, que se consubstanciam em manifestações de vontade com *animus* de gerar efeitos jurídicos.

Nesse âmbito, é notável que o processo de globalização e as recentes transformações do capitalismo afetam diretamente as relações negociais e de consumo, bem como a estrutura político-administrativa dos Estados.

Imprescindível se faz destacar, neste debate, o art. 170, da CF/88 – Constituição Federal de 1988, que constitui importante fundamento do trabalho e da livre iniciativa. Ao regular a ordem econômica e, portanto, os negócios jurídicos, o referido artigo demonstra forte relação com a própria construção do Estado Democrático de Direito, uma vez que as relações de troca, compra e venda, são essenciais no atual mundo capitalista globalizado.

A proteção da ordem econômica não se opõe à proteção dos indivíduos, na perspectiva de um Estado que busca o bem-comum e a paz social. A esse respeito, ensina o professor Eros Grau (2010) que a ordem econômica constitui um conjunto de normas programáticas em uma constituição dirigente, ou seja, são normas que visam estabelecer os fins e os objetivos de um Estado social, e não apenas um retrato do “dever-ser” econômico.

Essas normas devem ser analisadas e interpretadas sob a égide da justiça social, da função social da propriedade e dos contratos e em sintonia com os fundamentos e objetivos da república estipulados nos artigos 1º e 3º da CF/88, a exemplo da dignidade da pessoa humana e da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (Brasil, Constituição Federal, 1988).

Com este entendimento, torna-se fundamental a atuação positiva de intervenção do Estado na economia, não somente enquanto ente regulador, mas também como agente promotor da defesa dos interesses coletivos e sociais, haja vista o atual cenário da globalização que afeta diretamente a capacidade política e de controle administrativo dos Estados-nação.

É essencial, em verdade, a interpretação integrativa que se deve ter da ordem econômica com os princípios de justiça social, equidade, direitos humanos, transparência, respeito e responsabilidade. A democracia, sob a ótica do constitucionalismo moderno, se concretiza a partir de uma leitura principiológica da constituição somada à categoria positivista inerente ao atual estágio dos sistemas jurídicos.

Assim, no atual momento capitalista de globalização, é imprescindível pensar a efetiva proteção da democracia como um fim em si e, também, como necessária à realização da ordem econômica. Hoje, a realização dos negócios jurídicos, através da atuação das empresas, deve se pautar por princípios democráticos e de justiça social. Essa interpretação, conquistada ao longo do tempo, à custa de muitas vidas, deve ser mantida e somente alterada para ampliar e aperfeiçoar os

direitos tutelados.

Segundo Canotilho (2003, p. 338), o princípio do não retrocesso social confere às normas constitucionais de direitos sociais uma aura protetiva, impedindo a atuação perniciosa de grupos específicos ou governos que tentem prejudicar a efetividade desses direitos. O autor afirma que essa aura confere uma garantia institucional e um direito subjetivo. Dessa forma, limita-se a atuação do legislador e exige-se uma atuação política condizente com essas garantias, de forma que se torna inconstitucional qualquer medida que prejudique o núcleo essencial desses direitos.

O reforço e a discussão dessa posição, que se demonstra no decorrer deste artigo, são fundamentais tendo em vista as frentes e os poderes capitalistas transnacionais que afrontam diretamente os interesses econômicos, culturais e socioambientais. Atua-se, desta forma, na busca pela construção de uma sociedade mais justa, equilibrada e sustentável.

Ainda, em seu texto, contrário à interpretação individualista de negócio jurídico, Luiz Edson Fachin (2012, p. 277) ao explicar que o dogma da autonomia privada, individualista, estaria ultrapassado, sugere uma nova compreensão transdisciplinar sobre a temática, pois que “O estabelecimento de uma espécie de cartografia da transdisciplinaridade impõe em repensar do sujeito e do objeto, bem como da metodologia da investigação científica, voltada para esses estatutos jurídicos fundamentais”.

Por essa linha de raciocínio, este trabalho passa a adotar em sentido amplo a noção de negócio jurídico, à qual o ser humano se integra, bem como também adota a democracia como conceito basilar que promove o encontro entre o indivíduo, a sociedade e os direitos humanos, sob o enfoque do direito negocial no atual mundo globalizado.

Assim, os próximos capítulos tratarão, nessa ordem, (1) da crise do Estado nacional, no contexto do mundo globalizado; (2) do debate acerca do direito internacional, sob a perspectiva de Habermas e Luigi Ferrajoli; e, por fim, (3) do conceito de direito pós-nacional, sob a perspectiva de Marcelo Varela, aplicado à proteção dos negócios jurídicos.

1 GLOBALIZAÇÃO, SOBERANIA E CRISE DO ESTADO NACIONAL

Em dezembro de 1972, na assembleia geral da Organização das Nações Unidas (ONU), já denunciava Salvador Allende, então presidente do Chile, que o poder político e econômico das grandes corporações transnacionais afetava diretamente a capacidade de controle, a autonomia e a própria soberania dos Estados Nacionais.

Estamos diante de um verdadeiro conflito frontal entre as grandes corporações transnacionais e os Estados. Estes aparecem interferidos em suas decisões fundamentais - políticas, econômicas e militares - por organizações globais que não dependem de nenhum Estado e que na soma de suas atividades não respondem nem são auditadas por nenhum Parlamento, por qualquer instituição representativa do interesse coletivo. Em uma palavra, é toda a estrutura política do mundo que está sendo minada. [...] Mas, as grandes corporações transnacionais não só atacam os interesses genuínos dos países em desenvolvimento, sua ação avassaladora e

descontrolada também ocorre nos países industrializados, onde se instalam. [...] É nossa confiança em nós mesmos que aumenta nossa fé nos grandes valores da humanidade, na certeza de que esses valores terão que prevalecer, e não poderão ser destruídos! (ALLENDE, 1972).

Se vivo estivesse, certamente o presidente Allende constataria que esse cenário em muito se agravou. Hoje, a própria democracia é afetada quando se constata que o universo empresarial, com toda sua força internacional e avanços da modernidade, continua a violar os direitos fundamentais. Surge então a necessidade de debater e refletir acerca dessa dualidade entre empresas e direitos humanos, a fim de promover práticas empresariais saudáveis e fortalecer uma leitura democrática dos negócios jurídicos.

De modo preliminar, cabem algumas considerações para um entendimento mais amplo e profundo acerca do conceito de Estado-Nação.

Octavio Ianni (1999, p. 105), no ensaio *O Estado-Nação na época da globalização*, afirma: “cabe reconhecer que a Nação, compreendendo sociedade civil e Estado, formas de sociabilidade e jogos de forças sociais, classes sociais e grupos sociais, pode ser vista como um processo histórico simultaneamente problemático, difícil, possível e errático.”

Pode-se notar, do ponto de vista das ciências políticas e sociais, que o conceito que se discute tem uma abordagem plural. É importante que ele seja percebido, portanto, de sua interdisciplinaridade política, econômica e social. Ainda, para o sociólogo:

Na maioria dos casos, os projetos nacionais são projetos de capitalismo nacional. Foram projetos apoiados em blocos de poder emergentes, combinando setores burgueses, de classes médias, operários, camponeses e intelectuais. Uma aliança de classes sociais, ou setores de classes, em formação ou em fase de amadurecimento, em luta por transformações socioculturais e político-econômicas [...] e em busca de novas perspectivas e afirmações de soberania, conquistas sociais, democratização (IANNI, 1999, p. 107).

Dito isto, é necessário, pois, iniciar a análise do ponto de vista histórico-filosófico para que se tenha uma compreensão crítica a respeito da construção do Estado contemporâneo e da ideia de soberania. Sob esse viés, é notório que o liberalismo clássico de Adam Smith, com a defesa da autorregulação do mercado, e de John Locke, com a tese da propriedade como um direito natural, não atendeu às demandas mais essenciais da sociedade.

Esse liberalismo, segundo Clodomiro José Bannwart Júnior (2012, p. 584) destaca, foi responsável pela depreciação da qualidade de vida, intensificação dos problemas ambientais, e também pela precarização das relações de trabalho. Surge, num momento mais adiante, um sentimento na sociedade de que a empresa deveria se ocupar desses danos, sob o ponto de vista da responsabilidade. Não será desenvolvido aqui, no entanto, o tópico da responsabilidade social empresarial, uma vez que não é o foco deste artigo. Mas sim, o objetivo aqui é demonstrar, além de uma leitura do liberalismo clássico, alguns sinais de reforço do enlace entre empresa, sociedade

e Estado.

Se para Locke a propriedade era um direito natural e inalienável, para Rousseau representava a própria decadência moral da sociedade. Para este filósofo, o liberalismo, que privilegiava apenas um setor da sociedade, deveria ser substituído por um modelo que garantisse a sobreposição da vontade geral sobre a individual (WEFFORT, 2006).

Nessa linha de raciocínio, Wolfgang Streeck (2012) diz que superada essa fase, agora no pós-Segunda Guerra, surge um sentimento compartilhado de que o capitalismo deveria ser freado por políticas democráticas. Uma espécie de controle político amplo a fim de tentar alinhar os interesses capitalistas com a própria democracia. Isso pois o autor infere que há um conflito inerente a essas duas concepções, as quais denomina, em conjunto, de capitalismo democrático. Passou-se então ao Estado de bem-estar social, “a fim de que a própria democracia fosse protegida de restrições impostas pelo livre mercado” (STREECK, 2012, p. 36).

Seguindo o pensamento de José Eduardo Faria (2004, p. 114-115), o Estado *keynesiano* proporcionou, durante os *trinta gloriosos*, um grande crescimento econômico aos países desenvolvidos. As condições do pós-guerra eram favoráveis. O *Welfare State* teve completo domínio sobre o desenvolvimento econômico e social, utilizando-se sempre das mesmas técnicas ou manobras econômicas. Ainda nesse ponto, tem-se que:

Com a alteração do Estado liberal para o Estado intervencionista, o capitalismo modificou de maneira significativa a sua plataforma ideológica na legitimação do sistema. Abandonando a sua posição de mero expectador neutro diante de um mercado de trocas livres, o Estado, ele próprio, assumiu a direção do sistema econômico, buscando uma nova forma de equilíbrio para o sistema capitalista. Esse intervencionismo implicou no reconhecimento de que a troca de equivalentes (mão invisível do mercado) já não podia mais assegurar a relevante tarefa a ela concedida no Estado liberal, qual seja: a de exercer a função de integração social (BANNWART JR., 2012, p. 585).

Essa mudança foi bem-sucedida por determinado tempo, porém, após os anos gloriosos, o Estado Social se viu incapaz de solucionar as crises, solavancos e instabilidades financeiras que assolaram o mundo a partir da década de 1970. Seu “repertório de fórmulas [...] acabou esgotando suas virtualidades” (FARIA, 2004, p. 116).

Nesse sentido, pontua-se o comentário de Habermas (2001) acerca das transformações características do Estado moderno:

Como *Estado administrativo* com uma função específica, o Estado moderno diferenciou-se da circulação da economia de mercado institucionalizada legalmente; ao mesmo tempo, como *Estado fiscal*, ele se tornou dependente também da economia capitalista. Ao longo do século XIX ele se abriu como *Estado nacional*, para formas democráticas de legitimação. Em algumas regiões privilegiadas e sob as condições propícias do pós-guerra, o Estado nacional, que entretantes se tornara um modelo para o mundo, pôde se transformar em *Estado social* graças à regulação de uma economia política, no entanto, intocável no seu

mecanismo de autocontrole (HABERMAS, 2001, p. 69).

Para Habermas, no entanto, o Estado nacional perdeu a capacidade de regular a economia política, perdendo também, como consequência, o suporte que viabilizava a manutenção de um Estado de bem-estar social. A complexidade das novas sociedades somada aos vultosos avanços econômicos e industriais levaram a uma ressignificação do setor econômico, das relações de troca e das próprias políticas estatais. O Estado intervencionista, acostumado com as velhas práticas econômicas convencionais, não deu conta de acompanhar tais transformações e submergiu, dando espaço à era neoliberal.

Streeck (2012, p. 36) entende que as várias crises que sucederam do capitalismo democrático, após a década de 1970, representam uma condição normal do capitalismo democrático, e não desvios ou disfunções do sistema, como acreditam alguns. Isso porque o autor acredita que entre o mercado e as políticas democráticas há um conflito de caráter endêmico. O capitalismo democrático pode ser caracterizado como uma economia que concentra dois princípios opostos: o “livre jogo das forças de mercado”; e a necessidade de direitos sociais, como mandam as democracias, configurando o que o autor chama de tensões do capitalismo democrático (STREECK, 2012, p. 37).

A política capitalista [...] tem feito o possível para nos conduzir do deserto do oportunismo democrático corrupto para a terra prometida dos mercados autorregulamentados. Até agora, porém, a resistência democrática persiste, e com ela os deslocamentos em nossas economias de mercado, às quais ela continuamente dá ensejo (STREECK, 2012, p. 39).

Com as crises globais dos anos 1970, continua Streeck (2012, p. 40), as altas taxas de inflação e desemprego fizeram com que a classe trabalhadora passasse a aceitar amplamente, quase que de forma coercitiva, a dominação dos mercados e da lógica racional econômica. A plena realização da paz social pelo viés político-econômico havia sido desacreditada. O que estava em jogo era a aceitação da racionalidade econômica em troca da possibilidade de uma democracia política para a sociedade civil.

O início da era neoliberal se deu com a descrença da ideia de que o desemprego afetaria decisivamente o apoio político aos governos de cada época e ao próprio capitalismo democrático. Assim, a inflação deixa de ser um mecanismo eficaz para o controle das demandas dos cidadãos e dos mercados, sendo que “o ônus de assegurar a paz social” foi deslocado, agora, para o Estado (STREECK, 2012, p. 44).

Até então, os conceitos de Estado e soberania pareciam inseparáveis para a efetivação da democracia. A soberania é um conceito controverso, que já se alterou ao longo do tempo. Na Constituição brasileira de 1988, por exemplo, a soberania foi contemplada com maior destaque em dois momentos: no art. 1º, como fundamento do Estado Democrático de Direito; e no art. 170, I, como princípio da ordem econômica.

Para fins de conceituação, veja-se o que diz Miguel Reale:

Soberania é tanto a força ou o sistema de forças que decide do destino dos povos, que dá nascimento ao Estado Moderno e preside ao seu desenvolvimento, quanto a expressão jurídica dessa força no Estado constituído segundo os imperativos éticos, econômicos, religiosos etc., da comunidade nacional, mas não é nenhum desses elementos separadamente: a soberania é sempre sócio-jurídico-política, ou não é soberania. É esta necessidade de considerar concomitantemente os elementos da soberania que nos permite distingui-la como uma forma de poder peculiar ao Estado Moderno (REALE, 2000, p. 139).

Percebe-se uma forte conotação política dentro do conceito exposto. Como visto, a soberania não pertence exclusivamente ao universo jurídico, pelo contrário, constitui uma vasta interdisciplinaridade, perpassando as áreas das ciências humanas, políticas, jurídicas e sociais. Pois que, corroborando, Rosemiro Leal critica o entendimento da soberania enquanto um princípio necessariamente vinculado ao Estado, dizendo que “é ela, em si mesma, um conjunto autônomo de princípios jurídicos, de regras e institutos sociais e políticos justificadores do poder nacional” (LEAL, 1999, p. 22). No entanto, com a consolidação de um capitalismo cada vez mais mundializado e financeiramente vinculante, tem-se observado um interessante fenômeno de relativização e até perda gradual da soberania.

Philip Kotler (2015) e Ladislau Dowbor (2017) descrevem como a relação entre capitalismo e democracia é tênue. Kotler destaca as afinidades do sistema político com o capital a partir das atividades de lobby, suborno e corrupção no âmbito do Legislativo. Dowbor, em estudo profundo, aponta para a captura da política pelo poder econômico, enfatizando a nova estrutura do capital, a partir das grandes instituições financeiras intermediárias, que provoca o crescimento do capital improdutivo, ou seja, aquele que não retorna à cadeia de produção.

Entre os principais eventos históricos relacionados ao fenômeno de consolidação do capitalismo moderno, estão: o fim da guerra fria e a dissolução dos blocos soviéticos, segundo Octavio Ianni (1999, p. 109); e a revolução industrial, que com o aumento massivo de produtividade e disseminação da lógica consumerista, possibilitou o surgimento das empresas transnacionais, segundo Habermas (2001, p. 55).

Do ponto de vista sociológico, a leitura sobre a globalização nos tempos modernos é pessimista, pois, segundo Ianni (1999, p. 110), “a nação se transforma em mera província do capitalismo mundial”, onde não há espaço para a realização da soberania, nem mesmo para a construção de novas hegemonias por parte dos segmentos sociais. “Um Estado-Nação em crise, amplamente determinado pelo jogo das forças produtivas predominantes em escala mundial, dispõe de escassas condições [...] para manifestar ou conquistar soberania (IANNI, 1999, p. 110).

Observando-se ainda outro ponto de vista, a partir da crise de 2008:

o conflito distributivo sob o capitalismo democrático se converteu em um cabo de guerra intrincado entre investidores financeiros globais e Estados-nação

soberanos. Se no passado trabalhadores disputavam com empregadores, cidadãos com ministros da Economia e devedores privados com bancos privados, as instituições financeiras passaram a enfrentar os mesmos Estados que pouco antes elas haviam chantageado a salvá-las (STREEK, 2012, p. 50).

Diante de uma agressiva globalização cultural, social e sobretudo econômica, os Estados nacionais se veem como reféns das grandes corporações e empresas transnacionais e multinacionais que, além de concentrarem maior poderio financeiro e de influência política que muitos países, ditam os rumos e as necessidades da globalização sob a ilusão de levarem desenvolvimento tecnológico, empregabilidade e autonomia estatal. Resta, portanto, pensar e refletir possíveis caminhos.

2 O VAZIO INTERNACIONAL E A CONSTELAÇÃO PÓS-NACIONAL HABERMASIANA

Na obra *Teoria do agir comunicativo*, 2, ao comentar sobre o desenvolvimento das fases de Estado, Habermas (2012, p. 641-642) atribui cada momento a um surto de juridificação, que significa uma onda de positivação de direitos. O termo surgiu com Otto Kirchheimer durante os debates políticos da República de Weimar. Num segundo momento, passou a significar o engessamento de normas jurídicas referentes às lutas sociais e políticas, ou seja, a positivação de direitos decorrente dos anseios, lutas e movimentos sociais. “De modo geral, a expressão ‘juridificação’ (*Verrechtlichung*) tem a ver com a tendência à multiplicação do direito escrito, difundida nas sociedades modernas” (HABERMAS, 2012, p. 641).

Em linhas gerais, quatro são os processos de juridificação identificados pelo filósofo, que marcaram época: Um primeiro impulso que culminou com o Estado burguês, marcado pela forma absolutista. O segundo impulso deu origem ao Estado de direito, tendo por referência a monarquia alemã do século XIX. Já a terceira onda de juridificação levou ao Estado de direito democrático, tendo por marco a Revolução Francesa, que se difundiu na Europa e na América do Norte. E o último impulso que culminou no Estado de direito democrático e social, resultou da luta dos trabalhadores europeus no decorrer do século XX (HABERMAS, 2012, p. 642).

Na contramão das jornadas de juridificação, o neoliberalismo não parece constituir nenhum corpo de direitos positivados, mas sim uma espécie de desjuridificação, processo pelo qual os Estados nacionais, pressionados pelos poderes financeiros, retiram e relativizam uma série de direitos sociais, trabalhistas e individuais anteriormente garantidos. A era neoliberal abriu caminho para uma espécie de dominação do âmbito econômico sobre as regras políticas e socioculturais. Os negócios jurídicos, com o tempo, vêm perdendo sua função social primordial, a característica essencial de comprometimento com os deveres de justiça, integração social e ampla responsabilidade socioambiental. Para Habermas, a irrupção de novas crises era um fato evidente, dado que foi desmantelado logo o ente que contribuiu para contê-las anteriormente, o Estado social. “São indubitáveis os indicadores de aumento de pobreza e de insegurança social devido ao crescimento de disparidades salariais, e também são inegáveis as tendências de desintegração social” (HABERMAS, 2001, p. 66).

Quando se fala em constelação, nos termos habermasianos, refere-se à constituição de três atores, Estado territorial, nação e uma economia, dentro das fronteiras nacionais. Essa mesma constituição, que forma os Estados nacionais, possibilitou a atuação integrada dos processos democráticos. Ao transpor essa constituição, ou um mesmo modelo de estrutura, para o âmbito internacional, como uma possível resposta ao neoliberalismo, pensamos então num modelo de constelação pós-nacional. “As nossas sociedades compostas com base no Estado nacional, mas atropeladas pelos impulsos de desnacionalização, ‘abrem-se’ hoje diante de uma sociedade mundial inaugurada pelo âmbito econômico” (HABERMAS, 2001, p. 79).

É justamente nessa perspectiva, tendo em vista estes problemas, que Octavio Ianni (1999) intui no sentido da necessidade de buscar novas soluções, novas formas de organizações e de lutas para reconquistar os direitos e interpretações favoráveis à população, resistindo à volta de uma racionalidade economicamente dominante que, em outras épocas, já se provou destrutiva. “Nesse Estado-Nação, as classes e os grupos sociais subalternos terão de criar e desenvolver outras e novas formas de organização, conscientização e luta, para formular e pôr em prática hegemonias alternativas” (IANNI, 1999, p. 110).

Habermas (2001, p. 69) atentou para o fato de que “As funções do Estado social evidentemente só poderão continuar a ser preenchidas no mesmo nível de até agora se passarem do Estado nacional para organismos políticos que assumam de algum modo uma economia transnacionalizada”. A necessidade que se impõe para garantir uma domesticação das consequências sociais decorrentes da globalização econômica, ainda que seja de difícil condução, admite Habermas (2001, p. 70), “é a concordância quanto ao projeto de uma ordem econômica mundial que não se esgote na criação e institucionalização jurídica de mercados, mas sim que introduza elementos de uma vontade política mundial”.

Esses termos conferem uma nova estrutura internacional democrática, fundada no campo político e legitimada pelos cidadãos do mundo. É esta a constelação pós-nacional. “Os Estados singulares deveriam vincular-se [...] a procedimentos cooperativos obrigatórios de uma sociedade de Estados comprometida com o cosmopolitismo” (HABERMAS, 2001, p. 71-72). A questão, segundo Habermas, é fazer surgir uma consciência coletiva mundial sobre a obrigatoriedade da solidariedade cosmopolita, nas sociedades civis e nos campos de atuação das esferas públicas, quer dizer, é uma mudança de consciência que é necessária a fim de que cada um se compreenda enquanto cidadão do mundo.

Acerca desse debate, o professor Luigi Ferrajoli (2002) se questiona a respeito da viabilidade de uma democracia sem Estado, haja vista alguns autores apontarem para o desaparecimento da entidade estatal em face dos poderes transnacionais. Para Ferrajoli (2002, p. 46), as crises do Estado nacional e do déficit de democracia e do Estado de Direito, que caracterizam os novos poderes extra ou transnacionais, exigem que se repense não só o Estado, mas também a ordem internacional. Afinal, a defesa dos interesses sociais e coletivos, a busca pelo bem-estar dos cidadãos, dependem de um Estado minimamente capaz de ditar as regras internas e de combater pressões externas de interesses contrários.

Ferrajoli (2002, p. 37) afirma que não há, no plano internacional, uma esfera pública à altura desses poderes supranacionais, ou seja, instituições que atuem na defesa dos interesses gerais, como a paz, a segurança, a sustentabilidade e os direitos fundamentais. De forma que, para o autor, o maior efeito da crise do Estado é o vazio do direito público internacional, surgido de um ramo do direito que se mostrou incapaz de garantir a paz e os direitos humanos em face dos poderes transnacionais – que conflitam diretamente com o interesse público.

O capitalismo global interfere diretamente na capacidade política interna de autorregulação, distribuição de recursos e controle das diretrizes econômicas e de mercado. Sob pressão, os Estados nacionais são obrigados a aceitar a livre circulação das empresas multinacionais e transnacionais, que procuram mão-de-obra barata, legislação trabalhista frágil e Estados incapazes de medir ou punibilizar adequadamente os danos socioambientais – poluição dos ecossistemas, descaracterização da cultura local, aumento da criminalidade, prostituição, uso de álcool e de drogas, a própria exploração do trabalhador, entre outros.

Diante desse cenário, uma das soluções aventadas por Ferrajoli (2002, p. 54) é a criação, ou reforma, de organismos internacionais dotados de efetiva capacidade de garantir a tutela aos direitos fundamentais e amenizar os impactos da globalização. Esses órgãos devem contar com a adesão da maioria dos países, inclusive das principais potências político-econômicas, sendo capazes de produzir sanções efetivas, orientações compulsórias, bem como de realizar julgamentos de governos ou Estados a partir da criação de cortes supranacionais. Não menos importante, segundo Ferrajoli (2002, p. 56), é a criação de uma polícia internacional, igualmente reconhecida e legitimada, que aja, pacífica e coercitivamente, em um movimento antiguerra e de desmobilização das forças bélicas nacionais.

No século XVIII, Kant (2008) já havia definido a importância da criação de instituições globais a fim de atingir a paz perpétua. Em que pese a paz nunca haver sido atingida, a política internacional e o amadurecimento democrático permitiram aos Estados reunirem-se diante de organismos internacionais como a ONU, em busca de objetivos comuns. Embora, também, não houvesse um pacto global a respeito, as políticas do Estado de bem-estar refletiram muito da busca pelos objetivos de paz e construção de harmonias sociais, sendo objetivos a serem buscados, ainda que sob nova roupagem.

As instituições supranacionais são uma alternativa para viabilizar a regulação e o controle dos rumos da economia globalizada e, mais que isso, podem representar uma possibilidade global de intervenção no poderio econômico transnacional. É certo que para que as essas superinstituições funcionem será necessário entender esse momento de transição marcado não somente pelo direito internacional, mas, agora, por um direito pós-nacional.

3 CAMINHOS PÓS-NACIONAIS PARA O DIREITO

O constante processo de internacionalização do direito, movido pelas transformações sociais de cada época, caminha hoje para uma nova compreensão de direito internacional, por

novas construções normativas e rearranjos globais (VARELLA, 2012, p. 201).

Há, em curso, uma reestruturação do próprio direito internacional. Nesse relevante debate, são várias as novas aspirações, discussões e incertezas acerca do rumo das relações jurídico-globais. Entre elas, o debate acerca da ressignificação das fontes de um direito a nível global e a questão que tange aos novos agentes emissores ou produtores dessas normas internacionais, como aqueles não estatais ou mesmo entidades subnacionais, que antes não eram atores legitimados (VARELLA, 2012, p. 201-202).

Com o avanço da globalização, o surgimento dos poderes transnacionais, a perda de capital político dos Estados e a reorganização do direito internacional, refere-se a esse momento como um cenário pós-nacional, que vai além da capacidade dos Estados para a resolução de conflitos e busca da pacificação e ordenação social de maneira interna ou isolada. Outros teóricos têm chamado essa nova organização de um direito pós-nacional:

São normas criadas por novos processos de interação, transnacionais. Trata-se de um modo diferente de internacionalização do direito, não construído por representantes dos Estados, dentro da lógica tradicional de construção do direito internacional [...], mas por meio de processos comunicativos com maior autonomia, que podem envolver ou não os atores estatais (VARELLA, 2012, p. 201).

Esse novo momento jurídico de transição é marcadamente descentralizado e construído em redes, sendo que os atores não-estatais têm papel importante na participação e coordenação desse sistema interligado de normas globais. Essa transição marca também a aproximação do direito interno dos países como fonte internacional, como mostra o professor Marcelo Dias Varella:

um direito pós-nacional (e não internacional) é aquele formado por regras que não necessariamente podem ser consideradas a partir dos direitos nacionais ou dos tratados em vigor. Trata-se de um conjunto de regras composto não apenas pelo direito internacional, mas pelo conjunto de normas internacionalizadas no plano doméstico, como também pelos diversos processos jurídicos entre atores privados, como empresas e sociedade civil, que ocorrem de forma independente dos Estados nacionais (VARELLA, 2012, p. 535).

No século XXI, onde a globalização tecnológica, digital e dos meios de comunicação avançou consideravelmente, as interações globais e normativas independem do Estado. Hoje, as redes desses novos atores globais se organizam e elaboram normas de conduta e regulação para seus membros e atividades de forma rápida e eficaz, em geral, em torno de temas específicos como a defesa do meio ambiente, dos direitos humanos, associações desportivas, entre outros (VARELLA, 2012, p. 295).

Redes de atores privados podem rapidamente ultrapassar as fronteiras estatais, mesmo porque independem da ficção jurídica do Estado para atingir seus objetivos.

[...] A mola propulsora dessas redes de atores domésticos é movida, sobretudo, por pressão da sociedade civil e não da sociedade política. A disseminação do direito pós-nacional ocorre a partir da periferia do sistema e não a partir do centro, onde a validade do direito não vem do Estado, mas do próprio conjunto normativo em si, porque as obrigações geram expectativas de cumprimento suficientes para garantir legitimidade e efetividade às normas (VARELLA, 2012, p. 295-296).

Em boa medida, o que demonstra esse processo de transição do direito e das relações internacionais é a necessidade de interação democrática dos sistemas jurídicos. Somente uma aliança, em rede, dos novos atores globais e dos diversos Estados nacionais, calcada na democracia, pode ressignificar o sistema internacional, criar uma força política globalizada e restringir ou domesticar as forças econômicas transnacionais que distorcem o *modus operandi* dos negócios jurídicos e ferem os processos democráticos internos dos Estados nacionais.

As instituições transnacionais, ou supranacionais, que aqui interessam, devem surgir do interesse e participação da grande maioria dos países, representar interesses democráticos de liberdade, justiça e igualdade e possuir força político-normativa sobre todos os poderes econômicos mundiais. Essas organizações globais, no cenário pós-nacional, devem dispor de instrumentos coercitivos de pressão, regulação e direcionamento das políticas econômicas transnacionais, próprios de um direito também pós-nacional. Não há outra possibilidade de amansar a racionalidade econômica senão pelo caminho das sanções e da compulsoriedade.

Só se pode controlar os rumos da globalização capitalista, encarnada nas empresas e poderes transnacionais, a partir de instituições de maior força e tamanho político-econômico. É imprescindível o cumprimento obrigatório dos comandos destas instituições por parte dos Estados Nacionais, sob pena de esvaziamento do espaço político internacional e ocupação total por parte dos domínios da livre economia.

O marco democrático das novas instituições globais é a ampla participação e possibilidade de negociação das normas internacionais:

o direito pós-nacional não é o resultado da expressão política de um único Estado mais poderoso, os Estados Unidos, porém o resultado de múltiplas manifestações de poder, com diversos processos fragmentados e muitas vezes contraditórios, construído por Estados, mas também por novos processos normativos compostos por redes de atores públicos, estatais, subestatais e privados (VARELLA, 2012, p. 39).

É propriamente nesse sentido que Ferrajoli defende a ideia de um constitucionalismo global, não como um governo mundial, mas apenas a fim de delimitar regulações e caminhos em comum a todos os Estados. Segundo o autor, é possível, na atualidade, “a elaboração de um constitucionalismo mundial, capaz de oferecer, às várias cartas dos direitos fundamentais de que a comunidade internacional já dispõe, aquelas garantias jurídicas de cuja falta depende a ineficácia destas (FARRAJOLI, 2002, p. 54).

Essas interpretações corroboram a ideia de que os negócios jurídicos, sob a perspectiva da autonomia privada, devem tutelar efetivamente a proteção aos direitos humanos sob o enfoque da dignidade, da universalização e da proteção global ao princípio de justiça. Por esse viés, o direito negocial se conecta intrinsecamente ao atual estágio do Estado contemporâneo na medida em que os negócios jurídicos, regulados pela autonomia privada, derivam, direta ou indiretamente, da capacidade de controle interno, força e influência política dos Estados.

Afinal, como infere Marlene Kempfer (2011, p. 208), é dever das empresas garantir, no âmbito das relações negociais, efetiva proteção e segurança humana. Tanto mais que se reconhece que “o agir conjunto do Estado e das organizações empresariais diminui os riscos de insegurança”, devendo ser incentivado, esse agir, também na esfera internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade de uma leitura pós-nacional do direito mostra-se de vital importância diante das atuais crises do mundo em transformação e das pressões executadas pelos poderes capitalistas transnacionais. Também essencial é o entendimento de que o direito econômico e os negócios jurídicos estejam submissos à democracia, como forma de corroborar os princípios democráticos e contribuir para a busca internacional de soluções.

Cresce, nesse sentido, uma memória coletiva no sentido de não tolerar mais que as empresas atuem, numa perspectiva já superada da autonomia da vontade, sob uma lógica puramente liberal, em dissonância com os interesses públicos, coletivos e sociais.

Tendo em vista o vazio do direito público internacional apontado por Luigi Ferrajoli e a constelação pós-nacional de Habermas, entendemos, na esteira de Marcelo Dias Varela, que o momento atual não só exige, mas é propício à criação de sistemas políticos transnacionalizados entre Estados nacionais, atores privados e da sociedade civil, a fim de regulamentar e domesticar os novos poderes capitalistas mundiais.

Entendemos ainda que não existem na atualidade sistemas jurídico-políticos globais, como mencionado acima, e que essa lacuna afeta diretamente a capacidade os Estados nacionais de efetivarem suas pautas democráticas em prol do bem-comum. Organizações como a ONU, OMC e OCDE – que se poderia cogitar transnacionais, de orientação democrática – são controladas em boa medida pelos interesses da União Europeia e dos Estados Unidos, de modo que não refletem as instituições de que se trata este artigo.

Por fim, tendo em vista que o paradigma da autonomia da vontade foi superado junto com o liberalismo convencional, é fundamental que se discuta, a fim de se preservar, a capacidade de intervenção e atuação política dos Estados, objetivando, então, a própria preservação e aperfeiçoamento dos negócios jurídicos, de forma democrática, sob o manto do direito negocial. Esse entendimento é corroborado, em boa medida, com a atual perspectiva que se tem sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que afeta as relações entre particulares no claro sentido de ratificar a importância de uma proteção integral às pessoas.

Considera-se, portanto, fundamental uma atuação positiva de intervenção de instituições transnacionais na economia global, a fim de que se protejam os direitos e interesses coletivos e sociais, haja vista o atual cenário de globalização que retira dos Estados-nação, cada vez mais, a capacidade de resolução interna e externa de conflitos.

REFERÊNCIAS

- ALLENDE, Salvador. **Discurso na assembleia geral da organização das nações unidas – ONU**. Presidente do Chile, 1970-1973. Genebra, 4 dez. 1972. Disponível em: <https://collectiurets.wordpress.com/2015/09/11/en-1972-salvador-allende-alertava-sobre-el-poder-de-las-empresas-transnacionales-el-11-de-septiembre-de-1973/>. Acesso em: jun. 2019.
- BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. Globalização, empresa e responsabilidade social. In: Seminário internacional de história e direito: instituições políticas, poder e justiça, II., 2012, Rio de Janeiro. **Scientia Iuridica – Tomo LXI, 2012. n. ° 330**. Rio de Janeiro: Scientia iuridica, 2012. p. 579-596.
- BRASIL. **Constituição federal**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. – Coimbra: Livraria Almeida, 2003.
- DOWBOR, Ladislau. **A era do capital improdutivo: a nova arquitetura do poder, sob dominação financeira, sequestro da democracia e destruição do planeta**. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. – 3.ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros Editora, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição 1988**. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros editores, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo, 2: sobre a crítica da razão funcionalista**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós nacional: ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Literatura Mundi, 2001.
- IANNI, Octávio. **O estado-nação na era da globalização**. In: Econômica: Revista da Pós-Graduação em Economia da Universidade Federal Fluminense, Niterói, v. 1, n. 1, p. 105-118, jun. 1999. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2363445>.

Acesso em: jan. de 2019.

KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Tradução Marco Zingano – Porto Alegre, RS: L&PM, 2008.

KEMPFER, Marlene. Segurança humana e o dever jurídico das empresas brasileiras. In: _____.; BELLINETTI, L. F. (org.). **Estudos em direito negocial**. Curitiba: CRV, 2011, p. 193-220.

KOTLER, Philip. **Capitalismo em confronto**. Tradução Claudia Gerpe Duarte. 1ª ed. Rio de Janeiro: Best Business, 2015.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Soberania e mercado mundial**. São Paulo: Editora de direito Ltda, 1999.

WEFFORT, Francisco Correa (Org.). **Os clássicos da política, 1.** – 14.ed., v.1 – São Paulo: Ática, 2006.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. São Paulo: Saraiva, 2000.

STREECK, Wolfgang. As crises do capitalismo democrático. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 92, p. 35-56, Mar. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002012000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: jan. de 2019.

VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade**. 2012. Dissertação (Tese de Livre-docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

Como citar: CENCI, Elve Miguel; MARTINS, Luiz Gustavo Campana. Direito pós-nacional: um estudo sobre a proteção dos negócios jurídicos frente à crise dos estados nacionais. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 3, p. 176-191, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p176. ISSN: 2178-8189

Recebido em: 15/10/2015

Aprovado em: 22/11/2019