

FRATERNIDADE, DIREITO E TRANSNACIONALIDADE

di
ILDETE REGINA VALE DA SILVA

This article offers some theoretical constructs that allow the elaboration of a deeper understanding of Fraternity, Law and Transnationality. It seeks, through its approach to these three issues, to encourage the study of Fraternity, so that it is possible to identify the same logic at the roots of both Politics and Law. In this way it hopes to contribute to the creation of a new juridical culture that, by guaranteeing fundamental human rights, favours developments that truly respond to the interests of society.

1. Introdução

A questão que me estimula nesta pesquisa se dá na possibilidade de ajudar a mudar a realidade, em uma perspectiva que não se resume, apenas, em imaginar a paz, mas de realizá-la, indo para *além* dela.

Os contrapontos iniciais da pesquisa seria a visão pessimista:
- da realidade que estaria caminhando para o caos, para o fim da existência humana no planeta ou a própria existência do planeta, e;
- de uma realidade complexa e insustentável, resultante do comportamento inadequado de uma sociedade de classes, que privilegia a concentração de recursos para uma minoria em detrimento da dignidade de vida da maioria.

A proposta:
- é de ajudar a (re)construir a esperança com a pretensão de ultrapassar a leitura dessa realidade nua e crua, sem as armadilhas do discurso velado que acaba sempre justificando o injustificável;
- está, também, na possibilidade de fazer nascer novas atitudes que estimulem novos conhecimentos capazes de fundamentar e construir uma nova realidade, e;
- a proposta é, ainda, de vislumbrar uma realidade nova para toda a humanidade. Humanidade que tem como objetivo principal – quer seja nos grandes ou no pequenos espaços, da vida particular ou social, nos espaços públicos ou privados, quer pelo conhecimento racional ou espiritual – fazer circular o bem comum e a preservação da vida no planeta com perspectivas de interação entre o aproveitamento dos recursos naturais, a dignidade da existência da humanidade na terra e a preservação do sentido da própria existência.

O que se pretende avançar com o conhecimento proposto:
- Acredita-se que pelos mesmos fundamentos da Fraternidade no espaço político, seja possível alcançar/estabelecer uma mesma lógica de fundamentalidade à política e ao Direito, ajudando a criar uma nova cultura jurídica.
- A meta é, e sempre será, de assegurar e concretizar direitos humanos e fundamentais pela possibilidade, ainda que possa parecer utópica, «de efetivamente fazer cumprir a finalidade do Estado e do Direito, dando outro direcionamento a ambos e fazendo cumprir as funções realizadoras dos interesses da Sociedade pela via da garantia dos Direitos Fundamentais»[1].

As diretrizes para o tema se dão a partir do:
- estudo da Fraternidade que se mostra uma contribuição significativa à mudança de paradigma cultural da nossa era;
- Tem-se que pelo conhecimento da Fraternidade como categoria política seja possível irradiar sentidos para uma nova interpretação e limitação, teórica e prá-

1) P. Brandão, *Um diálogo sobre Direitos Fundamentais com o Pensamento do Professor António José Avelãs Nunes*, in *Liber amicorum. Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, Coimbra Editora, São Paulo 2009, p. 890.

tica, dos valores revelados como supremos da constituição brasileira – liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça.
- Ainda que haja uma tendência doutrinária que afirme que o Estado Nação deva ser superado, este é o modelo de organização política que se mantém para esta pesquisa, considerando, no entanto, os ajustes devidos de que, contemporaneamente, os Estados Nação passaram por muitas transformações e, a principal dessas transformações é o compromisso com a função social, que oportuniza à integração da Sociedade Política com a Sociedade Civil.
- Portanto, a finalidade social é o elemento que efetivamente caracteriza o Estado Contemporâneo – sendo a principal nota de diferenciação do Estado Moderno – e esta é a relação que torna a Sociedade destinatária das promessas constitucionais[2].
- O mote que denota a importância deste estudo é considerar que a Constituição, nas Sociedades contemporâneas, representa um projeto de civilidade: «um tratado de convivência, de limites, de possibilidades, uma pacto social entre indivíduo e sociedade»[3].

A justificativa para a pesquisa tem, por razões óbvias, fundamento no Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988[4], no qual o legislador ao instituir um Estado Democrático de Direito destinou-o a garantir o exercício de direitos individuais e sociais pautados em valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Logo, é preciso impulsionar o estudo da Fraternidade como fundamento para um conhecimento, a partir das seguintes provocações: É possível destinar a construção de um Estado Democrático de Direito, pautado em valores supremos de uma Sociedade fraterna, sem que se tenha conhecimento sobre o real significado que alcançam esses valores na perspectiva da Fraternidade? Seria a Fraternidade o fundamento capaz de estabelecer uma mesma lógica de fundamentalidade entre política e Direito? É certo que essa lógica comum de fundamentalidade deve servir de referência para todos e para cada um dos integrantes dessa Sociedade que se busca construir. Qual seja? A Fraterna, porém, não, somente, nas limitações do Estado nacional, mas, também, com vistas para o espaço transnacional.

2) P. Brandão, Ações Constitucionais - *"Novos" Direitos e Acesso à Justiça*, OAB/SC, Florianópolis 2006[2], p. 90.
3) D.C. Lucas, *O procedimentalismo Deliberativo e o Substancialismo Constitucional: Apontamentos sobre o (in)devido papel dos Tribunais e sobre a (dês)necessidade de cooperações pós-nacionais/constitucionais para se "dizer o Direito"*, in F.M. Spengler - P. de Tarso Brandão, *Os (Des)Caminhos da Jurisdição*, Conceito Editorial, Florianópolis 2009.
4) «Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de *uma sociedade fraterna*, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da Republica Federativa do Brasil» (grifado).

2. Apontamentos sobre o caráter político da Fraternidade

Um dos pilares fundamentais dos sistemas jurídicos modernos e cristalizado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é de que todos os seres humanos são livres e iguais e, em uma breve reflexão, pode-se reportar ao século XVIII e associar a ideia de Liberdade e Igualdade.
Sabidamente que, no atual panorama mundial os conceitos de liberdade e igualdade compõem facilmente categorias políticas e como tal, desde 1789, são contabilizadas como princípios em Constituições de muitos Estados.
O Fraternidade precisa ser (re)conhecida como um princípio universal de caráter político[5] e seu lugar no espaço público deve ser retomado em uma perspectiva que se abre e apresenta condições de possibilidade para construir um pensamento jurídico[6] que ajude a enfrentar esse momento de discussão sobre o enfraquecimento do Estado e, conseqüentemente, de suas instituições, entre elas, a crise da jurisdição[7].

Em qualquer que seja o contexto, o sentido da Fraternidade como categoria política só tem fundamento se houver a permissão para que a liberdade e a igualdade se manifestem ao mesmo tempo. Essa é a condição basilar de qualquer Sociedade fraterna[8] – possibilidade que se abre para a relação da humanidade com a comunidade universal – onde a Fraternidade representa um verdadeiro requerimento contra a opressão e tem a tarefa de conscientizar os cidadãos para o compromisso e a responsabilidade de projetar o futuro conjuntamente [9].
A Fraternidade, então, se apresenta na possibilidade de decodificar e modificar o mundo da vida em que a liberdade veste as roupas da liberdade política e a igualdade mora no endereço da justiça social, em uma concepção que faz com que os seres humanos se sintam parte de uma grande família humana que, independentemente de laços de sangue, passam a se sentir responsáveis e comprometidos uns com os outros: «a superação de uma lógica meramente identitária, em direção a um reconhecimento efetivo da alteridade, da diversidade e da reciprocidade»[10].
Contemporaneamente, os fundamentos individualistas da ética do Direito e o jogo político do amigo-inimigo se tornaram insuficientes para a solução dos conflitos[11], tornando imperativo que a relação dialética subjetividade e alteridade seja revisada.

5) A.M. Baggio, *Il dibattito intorno all'idea di Fraternità. Prospettive di ricerca politologica*, http://www.cittanuova.it/FILE/PDF/articolo20813.pdf, Acesso em 07 de setembro de 2010.
6) Sobre o tema ver: I.R. Vale da Silva, *A Fraternidade como um valor que o Direito pode e deve (re)construir: Uma abordagem à luz dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais*, https://www6.univali.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=722.
7) Sobre a crise da Jurisdição ver: F.M. Spengler – P. Brandão, *Os (Des)Caminhos da Jurisdição*, cit.
8) A.M. Baggio, *A Inteligência Fraterna*, in Id. (org.), *O princípio esquecido/2. Exigências, recursos e definições da fraternidade na política*, Cidade Nova, São Paulo 2009, p. 125.
9) D. Ighina, *"Unidos ou Dominados". Sobre uma leitura da fraternidade em função latino-americana*, in A.M. Baggio (org.), *O Princípio Esquecido/2*, cit., p. 38.
10) G. Tosi, *A Fraternidade é uma categoria política?*, in A.M. Baggio (org.), *O Princípio Esquecido/2*, cit., p. 60.
11) «Sabidamente o conflito acompanha a história da humanidade desde as primeiras relações dos homens entre si. (...). Com o nascimento do Estado, (...), o tratamento

A temática da amizade deve ser recolocada, ainda que a perspectiva pareça contraditória: A amizade enquanto argamassa espontânea da Sociedade acabou perdendo seu caráter natural, tornando necessário que ela seja «prescrita por uma lei que não contenha apenas imperativos éticos-religiosos, mas estritamente jurídicos. Justamente a presença de uma lei da amizade reclama a necessidade de sua prescrição enquanto, paradoxalmente, sanciona sua interdição»[12].
É preciso haver o reconhecimento de si mesmo no outro: o outro, também, sou eu. Criar uma cultura de respeito ao outro. A humanidade é uma só. E, nesse momento, em que a sobrevivência da humanidade está ameaçada por ela mesma, torna-se necessário buscar um consenso em torno de uma Fraternidade universal[13]. O momento, então, parece ser favorável para a Fraternidade naquilo que ela significa: uma verdadeira «revolução às avessas»[14].

3. Fraternidade e Transnacionalidade

A noção de pertencimento não vinculado a um determinado território ou nação, com objetivo de construir o bem comum *pelo* e *para* o sujeito humanidade possibilita a alteração do cenário político mundial, exigindo uma mudança de mentalidade em prol da renovação da Sociedade, rumo a uma realidade que tem um caráter cada vez mais transnacional.
Não obstante, há que se considerar o espaço Transnacional sem matar a esperança de um desenvolvimento adaptado as particularidades nacionais e sem desrespeitar as diversidades em seus aspectos culturais, políticos, jurídicos sociais e outros[15] e esse é o desafio que se buscar enfrentar pelo fundamento na Fraternidade.
Os compromissos que se estabelecem nos laços da Fraternidade é o bem comum, ainda, que cada comunidade de pessoas pertença a um território, o sentimento que se revela é de que todos são parte de um único sujeito: a humanidade. "Os sujeitos seriam chamados a agir, não limitados por seu espaço soberano e pela população nele, mas, mediante estes, de modo a construir o bem comum do «sujeito humanidade»[16], sem qualquer prejuízo à identidade de cada povo.
Com a alteração do panorama mundial em sua característica predominante, ou seja, o relacionamento entre Estados soberanos – internacionalização – a transfi-

de conflitos passou a ser de sua exclusividade. (...). A exclusividade de o Estado tratar dos conflitos existentes na Sociedade sobre o qual ele tem Soberania, mais que uma característica própria, é uma de suas principais promessas»: P. Brandão, *Jurisdição Negada: um lamentável exemplo*, in F.M. Spengler - P. Brandão, *Os (Des)Caminhos da Jurisdição*, cit., p. 195.

12) E. Resta, *Direito Fraterno*, Trad. Sandra Regina Martini Vial, EDUNISC, Santa Cruz do Sul 2004, p. 21.

13) G. Tosi, *A Fraternidade é uma categoria política?*, in A.M. Baggio (org.), *O Princípio Esquecido/2*, cit., p. 63.

14) P. Brandão, *Um diálogo sobre Direitos Fundamentais com o Pensamento do Professor António José Avelãs Nunes*, cit., p. 890.

15) P. Bourdieu, *Contrafogos 2*, Trad. André Telles, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro 2001, pp. 92-93.

16) P.M. Cruz - J. Stelzer (orgs.), *Direito e Transnacionalidade*, Juruá, Curitiba 2009.

guração do quadro se apresenta no plano internacional (internações) para transnacional (transnações); da soberania absoluta para soberania relativa; das relações territoriais para relações virtuais; do trânsito entre fronteiras para trânsito em espaço único.

Em síntese, a transnacionalização evidencia determinadas características que se destacam no âmbito da globalização econômica e, notadamente, relacionadas ao transpasse das fronteiras nacionais. Na medida em que a ênfase da internacionalidade está nas relações entre nações – ou, melhor dito, interestados –, a Transnacionalidade não reconhece as fronteiras, resultado direto do processo em escala global[17].

Nesse contexto, o conhecimento do fenômeno da Transnacionalidade é impulsionado pela necessidade de se pensar um espaço mediador que não se limita em reler as velhas categorias políticas e jurídicas herdadas da Modernidade, mas que também construa um conhecimento com condições de possibilidades para adquirir uma lógica própria, superando a lógica individualista do modelo contratualista do Estado Moderno.

Há que se buscar um princípio constituinte para enfrentar essa nova organização mundial – que tem interferido na própria estrutura do Estado – e, a partir desse novo paradigma, se torne possível instituir e fazer valer normas jurídicas no «território nacional, em um ambiente mundializado»[18], porém, sem perder de vista que a ênfase do modelo atual está condicionado na economia liberal, com ares de modernidade progressistas e com características de «uma ordem social que se entrega à lógica do interesse e do desejo imediato convertidos em fonte de lucro»[19].

A discussão que permeia a noção da soberania, especialmente, no que se refere ao conhecimento dos limites para sua pretensa superação é, notadamente, um dos grandes desafios no reconhecimento desse espaço único que se revela a Transnacionalidade. A tarefa consiste em admitir que a soberania, entendida «como um atributo rígido dentro de um território, deixa de ser forte para se transformar num conceito fraco, em que o Estado não consegue mais, por si, se sustentar. Neste espaço paradoxal, pois, resta apontar para o limite, dar-se conta do que se passa e, de alguma forma, resistir!»[20].

A realidade complexa desse mundo de economia globalizada tem influência direta em relação à democracia, tornando obrigatório e urgente abrir espaços para dialogar sobre questões referentes aos fundamentos e às instituições que garantem o exercício e os limites democráticos em contextos sociais diferentes. A democracia não pode e não deve mais ser entendida como, apenas, procedimento[21]. É neces-

17) J. Stelzer, *O Fenômeno da Transnacionalização da Dimensão Jurídica*, in P.M. Cruz - J. Stelzer (orgs.), *Direito e Transnacionalidade*, cit., p. 22.
18) A.M da Rosa, *Direito Transnacional, Soberania e o Discurso da Law and Economics*, in P.M. Cruz - J. Stelzer (orgs.), *Direito e Transnacionalidade*, cit., p. 73.
19) P. Bourdieu, *Contrafogos 2*, Trad. A. Telles, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro 2001, pp. 92-93.
20) A.M. da Rosa, *Direito Transnacional*, cit., p. 92.
21) A. Miglino, *Anotações da palestra proferida no Seminário sobre Fundamentos e Novos Rumos da Democracia*, no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí/SC – UNIVALI, em 30 de agosto de 2010.

sário avançar conceitualmente: «As democracias participativas apontam para uma Democracia pluralista mais autêntica, que ofereceria aos cidadãos uma concepção atualizada de cidadania»[22], diferenciando-a do consenso moderno[23]. A democracia participativa pode representar esse avanço conceitual em relação ao conceito moderno de democracia, uma ideia que tem fundamento na «comunidade autogovernada por cidadãos que se unem não por uma série de interesses particulares e também por falsos altruísmos ou bondades, mas sim por uma responsabilidade cívica que lhes permite levar a cabo uma ação mútua e perseguir objetivos comuns» [24]. É urgente pensar o novo e discutir as condições de possibilidade para uma democracia com envergadura para regular, limitar e configurar, para além da fronteiras dos Estados nacionais.

Nessa perspectiva e, consequentemente, é preciso pensar um Direito cosmopolita. Um Direito com legitimidade para estabelecer «uma verdadeira nova ordem, uma verdadeira ordem global democrática de Direito, capaz de superar a atual ordem, debilitada e caduca»[25]. Ferrajoli acredita na "razão artificial" do Direito, especialmente na força generosa de um Direito internacional que seja fundamentado não mais na soberania dos Estados, mas na autonomia dos povos: a humanidade no lugar dos Estados[26].

4. O Direito no espaço da Transnacionalidade à luz da Fraternidade

A questão dos direitos difusos e transfronteiriços que originam as denominadas demandas transnacionais impulsionam o fenômeno da Transnacionalidade. As demandas transnacionais se configuram como «questões fundamentais para o ser humano e que vêm sendo classificadas pela doutrina como "novos direitos"»[27].

Do palco das relações transnacionais que se estabelecem à margem do monopólio estatal, torna-se urgente pensar em um conhecimento para o Direito com condições de possibilidade para dar respostas para esses novos direitos já neste tempo.

Nesse sentido, tem-se advogado pela formação de um novo ramo do Direito, cuja função primordial seria «a de orquestrar as inter-relações de Estados, particulares e das instituições conferindo-lhes um caráter essencialmente comunitário»[28]. O Direito comunitário poderia servir, então, como referência paradigmática de um

22) P.M. Cruz - G.R. Ferrer, *Os Novos Cenários Transnacionais e a Democracia Assimétrica*, in «UNOPAR Científica. Ciências Jurídicas e Empresariais», v. 11, n. 2, set. 2010, p. 16.
23) *Ibid.*, p. 18.
24) *Ibid.*, p. 16.
25) *Ibid.*, p. 21.
26) L. Ferrajoli, *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*, Martins Fontes, São Paulo 2007[2].
27) M.L. Garcia, *Direitos Fundamentais e Transnacionalidade: um estudo preliminar*, in P.M. Cruz - J. Stelzer (orgs.), *Direito e Transnacionalidade*, cit., p. 174.
28) K.S. de Silva, *A Consolidação da União Européia e do Direito Comunitário no contexto da Transnacionalidade*, in P.M. Cruz - J. Stelzer (orgs.), *Direito e Transnacionalidade*, cit., p. 120.

Direito que transpassa as fronteiras dos Estados, uma vez que viabiliza o transpasse jurídico estatal[29].

O Direito – que «necessita ser interpretado a partir da realidade política e social da qual deflui»[30] – como se sabe, tem vindo a reboque da economia, servindo de mero instrumento «para atendimento do fim superior do crescimento econômico» e, ironicamente, tem-se criado «um novo princípio jurídico: o do melhor interesse do mercado»[31].

É imprescindível que se procure por caminhos que possam revelar «uma política interna voltada para o mundo em geral, ou seja, aberta a uma ordem jurídica cosmopolita, capaz de funcionar sem a estrutura de um governo mundial»[32]. Não se trata de um «improvável e indesejável governo mundial». A perspectiva que se cogita, «indicada há exatos cinqüenta anos por Kelsen em seu livro *A paz através do direito*, de uma limitação efetiva da soberania dos Estados por meio da introdução de garantias jurisdicionais contra as violações da paz, externamente, e dos direitos humanos, internamente»[33].

É preciso pensar um Direito com autoridade suficiente para se colocar nesse cenário transnacional que se desenha, levando em conta o acossamento de uma pauta axiológica passível de transitar desde questões vitais ambientais até a luta pela ampla proteção e defesa dos direitos humanos[34]. *Faz-se urgente levar a sério os valores humanos que na forma de direitos foram proclamados nas cartas constitucionais. Isso significa que é preciso ter coragem de desembaraçar esses "novos direitos" da ideia de cidadania limitada a equação cidadão-nacional.*

Os "novos direitos" precisam ser desvencilhados «do último privilégio de *status* que permaneceu no direito moderno. E isso significa reconhecer seu caráter supra-estatal, garanti-los não apenas dentro, mas também fora e contra todos os Estados, e assim dar um fim a esse grande *apartheid* que exclui do seu aproveitamento a maioria da humanidade»[35].

Na esfera do judiciário, a construção de um espaço Transnacional se torna gradativamente mais indispensável «para tratar de temas fundamentais de direitos difusos e transfronteiriços como o direito à paz, direito a um meio ambiente saudável, direito à segurança no consumo de bens através de uma economia globalizada, entre outros»[36].

Uma questão de extrema relevância nesse estudo – porque implica uma grande mudança na forma de pensar o Direito – diz respeito a titularidade. O titular do Direito não mais seria, só, «o cidadão nacional de um determinado país, aquele que

29) J. Stelzer, *O Fenômeno da Transnacionalização da Dimensão Jurídica*, cit., pp. 44-50.
30) P. Brandão, *Jurisdição Negada: um lamentável exemplo*, in F.M. Spengler - P. Brandão, *Os (Des)Caminhos da Jurisdição*, Conceito Editorial, Florianópolis 2009, p. 197.
31) A.M. da Rosa, *Direito Transnacional*, cit., p. 78.
32) M.L. Garcia, *Direitos Fundamentais e Transnacionalidade: um estudo preliminar*, cit., p. 174.
33) L. Ferrajoli, *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*, cit., p. 54.
34) *Ibid.*
35) *Ibid.*
36) M.L. Garcia, *Direitos Fundamentais e Transnacionalidade: um estudo preliminar*, cit., p. 173.

tem sorte de nascer em um país rico e democrático nem mesmo o genérico homem do direito internacional tradicional, o titular seria o cidadão transnacional»[37].
A mudança de pensamento tem que começar em duplo sentido: pela simultaneidade entre a reabilitação da função planejadora e o compromisso e a responsabilidade de levar os Direitos à sério. Os juristas precisam, urgentemente, arcar com suas responsabilidades e reconhecer que o direito é como fazem os homens: «*o direito é um sistema normativo, de modo que as disposições e os comportamentos efetivos dos Estados em contraste com tal sistema não representam "desmedidos" de suas normas, como muitas vezes lamentam o juristas e os cientistas políticos realistas, mas sim "violações", cuja ilegitimidade de todos temos o dever de denunciar*»[38].
No panorama do ordenamento jurídico brasileiro já é possível identificar «previsões normativas e princípio gerais de interpretação aplicáveis pelos tribunais brasileiros que estão aptos a embasar o fortalecimento da comunicação transjudicial»[39], possibilidades que devem ser valorizadas[40]. Eis o desafio dos juristas em querer dizer "como é" ou "como será" o direito no novo cenário que se apresenta[41].

ILDETE REGINA VALE DA SILVA
Avvocato; Master in Scienze giuridiche, Dottoranda in Scienze giuridiche presso l'Università di Vale do Itajaí (SC), Brasile

37) *Ibid.*, p. 185.
38) L. Ferrajoli, *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*, cit., p. 60.
39) A.L.P.B. Lupi, *Jurisprudência Brasileira e Transnacionalidade: uma análise do Transjudicialismo*, in P.M. Cruz - J. Stelzer (orgs.), *Direito e Transnacionalidade*, cit., p. 131.
40) Nesse sentido ver *ibid.*
41) L. Ferrajoli, *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*, cit., p. 60.