

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

DIREITO CONSTITUCIONAL

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

JOSÉ RENATO GAZIERO CELLA

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

DIEGO GONZÁLEZ CADENAS

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch – UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D598

Direito constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/2020

Coordenadores: Flavia Piva Almeida Leite; Lucas Gonçalves da Silva; José Renato Gaziero Cella – Florianópolis: CONPEDI, 2020 / Valência: Tirant lo blanch, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-007-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Crise do Estado Social

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. X Encontro Internacional do CONPEDI Valência – Espanha (10:2019 :Valência, Espanha).

CDU: 34

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

DIREITO CONSTITUCIONAL

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Constitucional foi realizado durante o X Encontro Internacional do CONPEDI, realizado na Universidad de Valencia (Facultad de Derecho), na cidade de Valência – Espanha, nos dias 04 a 06 de setembro de 2019, elegeu como tema "CRISE DO ESTADO SOCIAL". Esta questão suscitou intensos debates desde o início, com a abertura do evento no Paraninfo de La Universidad de Valencia, e no decorrer do evento com a apresentação dos trabalhos previamente selecionados e painéis que na Universidade ocorreram.

Os trabalhos apresentados neste GT possibilitam uma acurada reflexão sobre tópicos contemporâneos e desafiadores do direito constitucional. Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do nosso sistema jurídico.

As pesquisas perpassam temáticas clássicas que abordam desde o direito à busca da felicidade, questões alusivas aos direitos sociais do idoso na Constituição Federal de 1988, temas relacionados ao constitucionalismo, cidadania, impossibilidade da redução da idade na responsabilização penal, liberdade de imprensa, democracia representativa e o papel dos partidos políticos assim como enfoques emergentes que miram a interface entre o fenômeno jurídico e as novas tecnologias de comunicação e informação.

Os coordenadores convidam os juristas a conhecerem o teor integral dos artigos, com a certeza de profícua leitura, e encerram essa apresentação agradecendo a possibilidade de dirigir os debates entre pesquisadores altamente qualificados.

Prof. Dr. Diego Gonzáles - UV

Profa. Dra. Flavia Piva Almeida Leite – UNESP

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS

Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella - IMED

O CONSTITUCIONALISMO ANTE O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO E A TRANSNACIONALIDADE

THE CONSTITUTIONALISM IN VIEW OF THE PHENOMENON OF GLOBALIZATION AND TRANSNATIONALITY

**Jaqueline Moretti Quintero
Paulo Márcio da Cruz**

Resumo

O presente artigo tem como objetivo fazer uma reflexão sobre a importância do Constitucionalismo e sua evolução na busca de uma Democracia Constitucional. Para tanto, faz-se necessário observar e discutir as interferências do Constitucionalismo em razão do fenômeno da Globalização e a Transnacionalidade. O método utilizado foi o indutivo e as técnicas de pesquisa foram a da categoria, do conceito operacional e do fichamento.

Palavras-chave: Constitucionalismo, Globalização, Transnacionalidade, Estado, Soberania

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to reflect on the importance of Constitutionalism and its evolution in the search for a Constitutional Democracy. Therefore, it is necessary to observe and discuss the interference of Constitutionalism to the phenomenon of Globalization and Transnationality. The method used was the inductive and the research techniques were the one of the category, of the operational concept and of the file.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionalism, Globalization, Transnationality, State, Sovereignty

INTRODUÇÃO

A supranacionalidade enquanto ideologia contraria o conceito de nacionalismo que entende que a soberania absoluta da nação, representada pelo Estado Nacional, garantindo seus direitos constitucionais e protegendo seu território. Na atualidade, esse conceito de soberania Estatal e de representação dos direitos nacionais está se direcionando, para alguns teóricos, para sua relativização, em razão da percepção de que os direitos e deveres estabelecidos nas constituições nacionais, bem como as políticas sócio-econômicas adotadas pelos Estados Soberanos, estão à mercê de interferências externas tanto de ordem econômica quanto de ordem jurídica.

Nesse contexto, surgem instituições designadas como transnacionais que têm como objetivo equilibrar o conceito de Estado Soberano Nacional para ampliar a atuação desse Estado em consonância com o interesse de outros Estados para buscar, em aspectos de ajuda mútua e objetivos comuns, minimizar os problemas mais complexos advindos com a o fenômeno da globalização e que estão agravando a segurança dos Estados.

A insustentabilidade da tradicional visão de resolução de conflitos através do direito internacional para os problemas emergentes do mundo globalizado, reforça a teoria da necessidade de criação de organismos transnacionais que possam alcançar os diversos núcleos de impasses e questões que exigem solução em níveis internacionais, além dos litígios dimensionados hoje por duas parcelas de países distintos, sem, com isso, minimizar ou obscurecer a relevância dos trabalhos realizados pelos Tribunais Internacionais já existentes, nos casos em que se aplicarem, como o é, por exemplo, o Tribunal Penal Internacional.

De tal forma, objetiva-se apresentar no presente artigo, o que se entende por Constitucionalismo, a influência da Supranacionalidade nas decisões jurídicas e políticas em nível internacional e sua interferência no Poder Soberano do Estado, aduzindo à possibilidade do constitucionalismo multinível, como também a interferência do Fenômeno da Globalização e consequências nas questões de ordem Transnacional.

A transnacionalidade no âmbito jurídico se propõe a utilizar todos os instrumentos do ordenamento jurídico (regras, princípios, costumes e ordem pública) para atingir níveis mais próximos do que se considera justiça e segurança mundial, respeitando a dignidade da pessoa humana e pensando na proteção das futuras gerações.

Para tanto, é necessário valer-se de entendimentos e construções teóricas que possam cimentar tais propostas, bem como, propor a criação e a composição técnico-jurídica adequada de órgãos transnacionais para atender as demandas que os tribunais domésticos não conseguem

mais acolher e resolver. Assim sendo, a transnacionalidade visa propor alternativas de resolução de conflitos internacionais, que atingem mais de um determinado país, mas que seja de interesse de vários grupos de pessoas ou de vários países, independente de suas origens e nacionalidades.

1. A IMPORTÂNCIA DO CONSTITUCIONALISMO

O Constitucionalismo pode ser compreendido como o estudo e apreciação das formas de aplicação no sistema da evolução constitucional, para garantir os direitos individuais e coletivos do homem, através de um poder soberano, que responde pelas necessidades e vontades daqueles que representa.

O Constitucionalismo está inserido nas normas fundamentais do ordenamento jurídico de um determinado Estado, valorizando o topo da pirâmide desse ordenamento, que seria a Constituição. Assistirá, portanto, como modo de limitação do poder para garantir os direitos e garantias individuais estabelecidos na própria Constituição, impedindo o uso arbitrário do poder do Estado para suas consecuições de interesses que não visem aos interesses da coletividade.

De tal feita, uma Constituição não tem unicamente o propósito de criar, estruturar e regular os poderes do governo. Deve também limitá-los, a fim de proteger os direitos fundamentais e as liberdades individuais.

A evolução histórica do Constitucionalismo representa o surgimento das civilizações antigas atrelada ao desenvolvimento do homem diretamente conectada à evolução do direito, primeiramente para imposição de regras e, posteriormente, para garantias de direitos alcançados. De tal forma, a evolução do Direito Constitucional ocidental teve, em seu primeiro momento, a lenta transformação do poder do Estado no Estado de Direito, de um Estado onde o poder arbitrário da essência divina foi dar lugar a um poder político baseado em um pacto social (encontrado em uma Constituição), e então, sujeito à lei. Num segundo momento, a esta sujeição do Estado para a lei, o princípio da separação de poderes e institucionalização dos Direitos Humanos que contribuam para a democratização do Estado.

A partir da análise deste núcleo de pensamento, é possível entender o Constitucionalismo como complexo dos princípios e regras que distinguem a forma de governo denominada constitucional, surgindo como uma reação ao Estado Absoluto e baseada em um conjunto de regras estáveis, escritas e contidas em uma Constituição. Em um sentido amplo, o Constitucionalismo foi identificado com a "técnica da liberdade", isto é, com aquela técnica

legal pela qual os cidadãos têm garantido o exercício de seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, o Estado é impedido de violá-los.

Constitucional é, portanto, a forma de Estado baseada na divisão de poderes (executivo, legislativo e judicial), que historicamente substituiu a monarquia absoluta, na qual todo o poder estava concentrado nas mãos do rei, cuja identificação com o conceito de separação de poderes é a mais comumente difundida e aceita. Tem suas pressuposições ideológicas na tradição britânica dos séculos XVII e XVIII e no pensamento de Montesquieu, bem como precedentes com autoridade nos princípios inspiradores da revolução inglesa de 1688 e nas constituições francesas (MATTEUCCI, 2016, pgs. 115-117). Sob esse enfoque, Maurizio Fioravanti (FIORAVANTI, 2007, p. 103.) considera que,

Las revoluciones del fin del siglo XVIII, primero la americana y después la francesa, representan en este sentido un momento decisivo en la historia del constitucionalismo, porque sitúan en primer plano un nuevo concepto y una nueva práctica que están destinados a poner en discusión la oposición entre la tradición constitucionalista y la soberanía popular.

Com o tempo e com a mudança das situações sociais e políticas, no entanto, as convenções do Constitucionalismo diferentes daquelas baseadas na divisão de poderes foram formalizadas. Na visão "garantista" teorizada por Benjamin Constant, o Constitucionalismo aparece essencialmente como a necessidade de proteger, em nível Constitucional, os direitos fundamentais do indivíduo através da delimitação de uma esfera de autonomia impedida à intervenção do poder estatal.

Segundo Constant, o respeito pelos direitos do indivíduo é garantido pela completa liberdade política. Essa ideia, porém, falta no conceito alemão do Constitucionalismo no conteúdo ideal da lei, nascido na Prússia em 1700 e aperfeiçoado no final do século XIX. De acordo com esta teoria, o repositório da Soberania é o Estado (não o rei nem o povo), que persegue seus objetivos apenas nas formas e limites da lei. Nesta interpretação, no entanto, ela não tem a dialética necessária entre poder e indivíduos que caracterizaram toda a história do Constitucionalismo, reaparecendo em algumas teorias posteriores que identificam a limitação do poder político através da lei (especialmente a lei basilar, ou seja, a Constituição), marca das Democracias Constitucionais modernas (MATTEUCCI, 2016, pgs. 119-120).

No entanto, é somente com a afirmação do Estado Democrático que, ao lado da questão da limitação do poder, o papel da legitimação do poder assume importância central. Em particular, é fundamental para o Constitucionalismo do século XX a afirmação de uma pluralidade de tarefas que estão a ser assumidas pelas autoridades públicas, com a superação

simultânea da concepção liberal do século XIX da Constituição como um mero limite para o poder. De todo modo, o advento do Constitucionalismo em um determinado Estado depende não apenas de eventos políticos que pontuaram sua história, mas também de valores filosóficos e políticos que foram defendidos durante séculos.

A Democracia Constitucional, fundada, por um lado, no princípio da Soberania Popular¹, mas também, ao mesmo tempo, na garantia dos direitos constitucionais, deve ser fiscalizada e orientada por um órgão competente juridicamente para resoluções de conflitos de ordem constitucional, e que possa atingir e usar as delimitações positivas na Constituição que foram fortalecidas com a evolução do Constitucionalismo. Esse órgão de competência jurídica pode ser denominado Tribunal Constitucional.

No sentido histórico-descritivo, apresenta-se o *constitucionalismo moderno* para nomear o movimento político, social e cultural que, principalmente a partir de meados do século XVIII, examina nos planos político, filosófico e jurídico os modelos tradicionais de *domínio político*, propondo a concepção de uma nova forma de disposição e fundamentação do poder político (CANOTILHO, 2002, p. 52). De tal forma que: “Os temas centrais do Constitucionalismo são, pois, a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades.” (CANOTILHO, 2002, p. 55).

De fato, o Constitucionalismo é uma categoria que, com base em alguns princípios legais, serve para garantir uma ordem política através da Constituição. Por conseguinte, é possível definir, conforme Matteucci, como a técnica jurídica da liberdade (CASTELLANO, 2013, p. 48).

O constitucionalismo apresenta-se inicialmente como *semântica* político-jurídica que reflete a pressão estrutural por diferenciação entre política e direito no âmbito da emergente sociedade multicêntrica da modernidade. Mas a semântica constitucionalista reagiu construtivamente no plano das estruturas, servindo como “ideologia” revolucionária para o surgimento das Constituições como artefatos possibilitadores e asseguradores da diferença entre sistemas político e jurídico. (NEVES, 2016, p. 53)

Paralelamente, sob o ponto de vista referente a esta temática, para Maurizio Fioravanti (FIORAVANTI, 2007, p. 85), “El constitucionalismo es concebido como el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar em el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del limite y de la garantia.”

¹ Para Rousseau, uma vez que a lei é a expressão da vontade geral, é o único padrão legal que possui legitimidade.

Trata-se, portanto, de uma evolução político-social da Constituição construída em bases históricas não tão longínquas, que possibilitaram a prevenção contra novos atos de poder por parte dos representantes do povo, que pudessem retroceder ao Estado Absolutista.

Na atualidade, para não se ater ao contexto histórico, podem-se destacar certas características dessa evolução da ordem jurídica, como a maior preocupação com a garantia dos direitos e liberdades do homem e a preservação da dignidade da pessoa humana, em razão do pós segunda guerra, o avigoramento do poder judiciário, que passa a atuar lado a lado dos poderes executivo e legislativo, com maior jurisdicionalidade política, e o maior reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais como garantidores dos direitos fundamentais.

O Constitucionalismo como modo de pensar esteve intimamente ligado à existência e à ideia do Estado-nação e sua soberania. O Constitucionalismo tem sido visto também como uma expressão vital da linha divisória entre Estados-nação Soberanos por um lado, e a Sociedade internacional por outro lado, e a ordem política à qual isso está ligado. Constituições têm sido vistas como uma expressão quase necessária da Soberania Nacional. Na maioria dos casos, as Constituições são escritas e dadas positivamente, mas também são “vivas” e praticadas. (SANDE, 2007, p.274)

Num significado mais ideológico, Francesco Viola observa que o tempo permitiu seu enriquecimento com outras especificações, abrindo-se ao componente democrático e ao perfil dos direitos sociais. Assim, pode-se falar de "constitucionalismo", com acentuação nos valores constitucionais dominantes, como a diferença entre a Constituição liberal-democrática e a Constituição social-democrata. (VIOLA, 2009, p. 247)

Atualmente, sempre na esteira desse significado ideológico, tem se falado de "neoconstitucionalismo", cujo conteúdo de valor não é diferente do anterior, mas possui outros fundamentos, especialmente após o desenvolvimento da constitucionalidade. Isso destacou o caráter moral dos valores constitucionais, fazendo repensar o antigo problema da conexão entre lei e moralidade e o fato de que o direito interno, a normatividade e o direito positivo exercem em relação a si mesmos. (VIOLA, 2009, p. 248)

Considerando que as Constituições também são sobre princípios e regras que são consideradas duradouras, a interpretação é frequentemente vital. A Democracia, a prática das instituições democráticas e a prática dos direitos humanos também foram, no período da modernidade, expressas de forma significativa por ou através das instituições dos Estados-nação e de suas eleições democráticas. As instituições Inter e Transnacionais apenas se

basearam indiretamente nas representações democráticas dos Estados-Nação, mas contribuíram mais diretamente para as ideias e a prática dos direitos humanos internacionalmente (SANDE, 2007, p.274). Este pensamento vem reforçar que em “Um mundo dominado por Estados nacionais está de fato em transição para constelação pós-nacional de uma sociedade mundial.” (HABERMAS, 2016, p. 163)

O que de fato está ocorrendo é que partes significativas das competências constitucionais das autoridades nacionais foram transferidas para organizações Supranacionais ou estão sendo conduzidas de fato como parte e no contexto de negociações internacionais e obrigações das autoridades nacionais e organizações internacionais em conjunto. Além disso, quando os tratados internacionais estão sem sanções legais, existe hoje uma crescente pressão política, econômica e simbólica para decretar e respeitar os tratados. Tarefas vitais também são assumidas por organizações e mercados Transnacionais. (SANDE, 2007, p.275)

De tal feita, o Transconstitucionalismo vem caracterizado por um Constitucionalismo ocupado em encontrar soluções para os problemas de ordem jurídico-constitucional. Sob esse aspecto, quando houver divergências relacionadas a Direitos Humanos ou a Direitos Fundamentais, as decisões e julgamentos Transnacionais deverão valer-se de diversas ordens jurídicas para alcançar o julgamento mais justo possível, sendo considerado que a “conversação” constitucional se torna indispensável para atingir tal objetivo. (NEVES, 2016, p. 129)

As constituições nacionais da maioria dos Estados Europeus foram originalmente criadas em um momento diferente, quando o foco era a Soberania, independência e solução de problemas de base nacional. Hoje, a tomada de decisão legal e política foi adaptada às dinâmicas cada vez mais globais, internacionais e regionais e às necessidades de resolução de problemas entre fronteiras. O que foi previamente entendido pelos poderes constitucionais (em um sentido material), agora é alterado e distribuído entre várias organizações. (SANDE, 2007, p.298)

Há também uma divergência significativa entre os poderes formal e funcional. Os poderes nacionais Soberanos e Constitucionais como expressões do governo funcional foram suplementados por tratados, competências e organizações inter e supranacionais e também por redes Transnacionais e transgovernamentais. Há necessidade de uma elaboração jurídica adicional sobre as combinações de Constituições nacionais e regimes jurídicos inter, Supranacionais e Transnacionais. (SANDE, 2007, p.298)

Dentro do campo positivista, os ataques às concepções estatistas e soberanas de direito público por autores como Hart ou Hans Kelsen² são amplamente acreditados como bem sucedidos pois, nessa concepção, normas são os fundamentos da lei, não a "vontade do Estado Soberano".

Sinalizando em duas direções, os discursos do Constitucionalismo global são considerados, no entanto, muito heterogêneos. Alguns doutrinadores, com uma tendência sociológica ou "neo-kantiana"³, são chamados de "monistas" e se prosseguem no legado do conceito de Constituição à Lei, ou na unidade de valores na fundação da lei. Contrariamente a essa vertente, estão as doutrinas chamadas "pluralistas" ou "multiníveis", que criticam o idealismo dos monistas e sugerem um discurso mais ponderado na reflexão da diversidade de relações existentes no cenário internacional.

Particularmente em razão da pesquisa ora apresentada, temos a tendência de seguir a segunda opção teórica, por entendermos que é capaz de aproximar-se mais das necessidades existentes na atualidade em âmbito global, mesmo sabedores da dificuldade de alcançar seu objetivo principal: organizar um Constitucionalismo em nível mundial respeitando as bases do Constitucionalismo nacional já estabelecidas.

Além disso, para a corrente realista do direito internacional, as relações internacionais ainda dependeriam em grande parte das relações interestatais. Reminiscente de um momento histórico de otimismo utópico sobre a construção de uma sociedade global, o constitucionalismo global seria destituído de significado conceitual.

² A teoria do direito de Hans Kelsen representa, ao lado do realismo, um dos dois ramos do moderno do juspositivismo, conhecido como normativismo, que ele mesmo chamou de "teoria pura do direito". É dado como uma teoria científica que se limita a descrever seu objeto, o direito positivo, e que é, portanto, "puro" de qualquer juízo de valor. Pureza, no entanto, diz respeito apenas à metodologia. A lei, por sua vez, não é pura porque expressa escolhas morais e políticas. A doutrina kelseniana pura parece, assim, duplamente política: por um lado, ela se propõe a destacar a função ideológica do direito; por outro lado, na medida em que analisa dispositivos legais como meios para certos fins, pode servir como base para o desenvolvimento de uma técnica legal genuína. Fonte: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. 448 p.

³ Movimento filosófico desenvolvido na Alemanha no final do século XIX e início do século XX que, com base na filosofia crítica de Kant, procura superar o positivismo, o materialismo e o construtivismo romântico por uma consideração crítica da ciência e da fundamentação epistemológica do conhecimento. A escola mais importante neo-kantiana é a de Marburg fundadas por Hermann Cohen e Paul Natorp e Baden, criado por Wilhelm Windelband e conta como principal representante com Heinrich Rickert. As abordagens neokantianas desenvolvidas fora da Alemanha são geralmente conhecidas como neocrítica, embora na maioria das vezes ambos os termos sejam equivalentes. O kantismo, também chamado de crítica, é uma das principais correntes filosóficas da era contemporânea, levou a várias tendências contraditórias, como por exemplo: idealismo alemão, irracionalismo, positivismo; aqueles que dependem de diferentes interpretações do idealismo transcendental de Kant. As correntes neokantianas proclamam o retorno e a fidelidade ao kantismo original. Fonte: VON BERNATH, Javier Wilenmann. **El Camino de la Teoría Pura del Derecho** - la obra de kelsen en el contexto de la filosofía del derecho del siglo XIX y del neokantismo. Santiago/Chile: Revista de Estudios de la Justicia, Nº 20, mayo, Año 2014, pgs. 35-65.

As objeções levantadas pelo Constitucionalismo global são proporcionais à grande repercussão com possibilidade de ascensão. Uma das fragilidades epistemológicas está na confusão entre os aspectos descritivos e normativos dos discursos teóricos apresentados. Para o uso da linguagem do Constitucionalismo, não se deve pautar a discussão na ausência de normatividade, ao contrário, seria a proposta de reforçar a legitimidade da ordem internacional, garantindo a participação efetiva dos poderes políticos nacionais e os interesses internos de sua nação.

A complexidade de tal missão é tamanha que somente a discussão já gera muita divergência. Estabelecer a prática de tais parâmetros requer muito diálogo e disponibilidade para repensar certos padrões de Soberania (e, portanto, de poder) hoje existentes.

2. SUPRANACIONALIDADE E CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL

O clássico conceito de soberania, na qual o Estado detém todo o poder no âmbito de seu território com suas normas e princípios jurídicos próprios, com uma política econômica propriamente sua e delimitações aos aspectos sociais e culturais da sua população, sem tolerar ou aceitar qualquer interferência externa aos seus ritos governamentais, está sendo relativizado em razão das modificações ocorridas na ordem política e mundial, pontualmente em razão da globalização e de suas repercussões, minimizando seu caráter absoluto e ponderando uma tentativa de homogeneização de determinadas ações e normas para harmonizar os interesses de vários Estados consoantes aos problemas comuns percebidos em escala mundial.

Deve-se ressaltar que, assinalada relativização não ocasionaria a renúncia dos poderes pelos Estados membros. Tal ação se daria através do estabelecimento da delegação de poderes constitucionais como da supranacionalidade, ficando seu poder pautado sobre temas e assuntos específicos, que seriam compostos por uma ordem jurídica superior. Nesse estágio evolutivo de normativas supranacionais, pode-se atingir ao grau de uma constituição que possa alcançar mais de um Estado, denominado como um sistema de constitucionalismo multinível.

Para J.J. Gomes Canotilho (2012, p. 1331), a possibilidade de uma constituição que possa abranger mais de um Estado nacional é possível, em razão do princípio da universalidade:

Se a constituição procura um arrimo preformador ou pré-constitutivo esse já não pode ser o do estado-pessoa soberano. Em primeiro lugar, ele não estaria em condições de explicar o crescente pluralismo social, os processos extrajudiciais e a pulverização dos princípios ordenadores. No plano externo, mostrar-se-á impotente para explicar o aparecimento de ordenamentos jurídicos supranacionais. Isso significa que o estado e

a sua constituição estão feridos num princípio básico do seu discurso – o princípio da universalidade.

A interferência e influência externas através de organizações internacionais, por meio de tratados e convenções de nível internacional, trazem a permissibilidade do questionamento da manutenção do modelo tradicional de soberania estatal para um modelo de sistema político-jurídico que possa abranger vários domínios e canalizando suas forças e motivações para um único organismo que detenha a personalidade jurídica legítima que possua integridade jurídica para agir e intervir nos complexos problemas que possam atingir, concomitantemente, diversos Estados.

Hodiernamente, segundo Laura Lorello (2012, p. 176), este é o novo espaço global que não tem um conjunto de regras gerais e comuns, com base em regimes particulares, em uma relação de interação contínua e conexão recíproca. Qualquer forma de regulamentação global não poderia ser o resultado da produção regulatória de um único centro unitário; nem a soma dos conjuntos legais individuais e distintos. Caso contrário, ele deve se mover ao longo dos laços horizontais que se delineiam entre os vários âmbitos e seguem os desenvolvimentos da relação de colaboração entre eles.

No entanto, a elaboração de um princípio geral comum da ordem jurídica global deve ser sempre o resultado da comparação e composição das várias tradições culturais e constitucionais e da bagagem humana e profissional de cada juiz, propondo como o que possa ser depurado destes elementos, e não como sua soma, nem como a expressão majoritária de um ou de alguns. Somente dessa maneira será possível reconhecer, no todo ou em parte, as diferentes ordens e sistemas envolvidos, identidade e respeito pela diversidade. Somente dessa maneira, em essência, o princípio pode assumir a conotação comum e geral e se tornar um verdadeiro vínculo entre regimes múltiplos e diferentes. (LORELLO, 2012, pgs. 178-179)

Um exemplo emblemático de sistema supranacional é a União Europeia, que desenvolve um modelo de soberania participativa em governança multinível, na qual as decisões são tomadas segundo os interesses dos próprios Estados. Porém, ao se falar em níveis diversos de organizações administrativas e de ordem jurídica constitucional para Estados com interesses em comum, é necessário que se alcançar tal processo de integração, é imprescindível que haja uma vontade política dos estados para desenvolver as tratativas e discutir, quais normas serão abrangidas pelas normativas supranacionais, respectivas sanções e competência coatora para efetivação de tais normas.

As características destacadas para o surgimento da supranacionalidade seriam a delegação de competências e poderes, antes exercidas exclusivamente pelo Estado Soberano, delegadas à órgãos com poderes constitucionais intervir sobre determinada matéria de interesse desse grupo de Estados, que, livremente, cederam sua soberania em interesse do povo que representam. Tal delegação de poderes e competências, não seria definitiva, pois o Estado-membro poderia, a qualquer tempo, denunciar o órgão por abuso do poder ou não observação das normas estipuladas ou retirar-se do órgão comunitário.

Nesse seguimento, ensina Dalmo de Abreu Dallari (1998, P. 92) que o alicerce jurídico do Estado Federal é uma Constituição e não um tratado. A união deve basear-se numa Constituição, de modo que todos os assuntos de interesse de qualquer dos membros da federação devem ser regidos conforme as normas constitucionais. De outra parte, o tratado é considerado mais limitado, porque só regula as matérias que estão previstas nele de forma expressa, podendo ainda ser denunciado por qualquer dos membros, o que não é permitido com a Constituição.

Entendendo-se que a Soberania é inalienável, não poderia essa ser “transferida” a outro organismo internacional ou Estado, sendo apenas delegadas algumas funções de comum acordo objetivando o bem estar e segurança do povo de seu próprio Estado e ao bem comum, atingindo os demais Estados participantes e, quiçá, alguns povos atingidos por problemas de ordem mundial.

Torna-se relevante destacar que, alguns temas jurídicos de interesses globais, passam a ser atingidos diretamente pelo interesse dos Estados na resolução de problemas que vem se agravando, em âmbito internacional, e, por vezes, estão fora do seu âmbito de jurisdição (de um único Estado específico) de tal forma que a solução não poderá ser atribuída a somente um Estado ou a um governo, em razão de sua complexidade e pela abrangência de sua repercussão, como no caso dos Direitos Humanos, por exemplo.

3. O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO E A TRANSNACIONALIDADE

Com o surgimento do fenômeno da Globalização, muitas circunstâncias relacionadas a esse fenômeno propiciaram discussões sobre a necessidade de regulamentação para as atividades realizadas por órgãos, empresas e organismos públicos e privados de diversos países, com um enfoque diferenciado do que se vinha trabalhando até então enquanto direito internacional.

Os pleitos realizados no âmbito do direito internacional, quer seja no aspecto público ou privado, já não conseguem obter o suporte jurídico necessário fornecido pelo Estado-nação ao qual estão vinculados, pois a legislação interna de cada país, por vezes, não tem a amplitude necessária para alcançar a diversidade de demandas e questões que vão além do interesse entre duas partes (quer de particulares ou de Estados).

Os processos de Globalização, que ocorrem em escala global nos campos da política, economia, finanças e comunicações, são um vetor de transformação de relações internacionais e afetam as relações jurídicas dos Estados-nação e sua respectiva soberania. A Globalização expande a escala de experiências, comunicações e interações culturais em nível global e, ao mesmo tempo, expõe a arena política nacional à influência das forças difíceis de controlar dos mercados globais. (ZOLO, 1998, p. 123)

Uma primeira consequência significativa em termos da "Soberania", segundo Danilo Zolo (1998, p. 124), é a política e jurídica dos Estados e a crescente pressão de leis e jurisdições supranacionais que limitam a soberania dos estados nacionais, especialmente aqueles que não estão no topo da hierarquia política e da economia internacional. Nesta situação, exclui-se que seja possível criar um sistema jurídico internacional que não seja estritamente hierárquico e que não negue o próprio princípio de "igualdade soberana" dos estados, embora formalmente reafirmado pela Carta das Nações Unidas. Por outro lado, argumenta-se que a função dos Estados-Nação e de sua soberania, embora limitada, não pode ser declarada obsoleta de forma precipitada. A proteção da diversidade cultural, a proteção dos direitos subjetivos com base no Estado de Direito e a legitimidade dos Estados como sujeitos do direito internacional, continuam a depender das relações enquanto Estado "Soberano" que os próprios Estados mantêm com seu território e com a população.

Uma segunda consequência da Globalização diz respeito, de modo mais geral, à estrutura das instituições internacionais - em primeiro lugar, às Nações Unidas e à União Europeia - e em sua relação com a jurisdição interna dos Estados. Os processos de sustentação da integração em curso requerem uma superação definitiva do "modelo de Westfália" e a passagem para uma "organização internacional na qual se concentra um poder político e militar significativo capaz de decidir a agenda internacional, iniciando do problema da guerra e da paz. Propõe-se essencialmente que o velho modelo westfaliano de Estados Soberanos substitua totalmente o chamado "Modelo da Carta das Nações Unidas", que veio à tona com base no pacto normativo da Carta das Nações Unidas. (ZOLO, 1998, p. 125)

De acordo com este modelo, os sujeitos do direito internacional não são apenas os Estados Nacionais, mas também as organizações internacionais (particularmente as Nações Unidas). E, nesse contexto, um papel, embora muito limitado, também é dado a indivíduos, organizações não-governamentais e povos com estruturas representativas. Enquanto isso, normas internacionais vêm gradualmente entrando em vigor, tentando obrigar os Estados a respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos: em suma, houve uma "erosão parcial da soberania jurídica interna", e foram estabelecidos verdadeiros "princípios gerais" do ordenamento jurídico internacional que não apenas são considerados vinculantes para todos os Estados, mas, pelo menos teoricamente, prevalecem, como *jus cogens* inderrogáveis, sobre os tratados e normas costumeiros.

Na perspectiva de Danilo Zolo (1998, p. 146), o direito internacional deve visar à Constituição de uma "sociedade jurídica" capaz de coordenar os assuntos da política internacional de acordo com uma lógica de conformidade regulatória com as competências dos sistemas estatais. Isto quer dizer que, ao conceder uma quantidade mínima de poder, propriamente Supranacional aos órgãos centralizados, e permitindo um recurso mínimo de intervenções coercitivas que não são autorizadas pela comunidade internacional com base na "soberania igualitária" de todos os seus membros, teremos o que Danilo Zolo denomina de "diritto sovranazionale minimo" (direito mínimo supranacional).

Philip Jessup, quando iniciou seus estudos sobre a dificuldade de atender juridicamente os inúmeros casos jurídicos que se apresentavam frente ao Estado Democrático de Direito, observou que nos casos Transnacionais usualmente levantados por via diplomática, considerados genuinamente internacionais, o componente comum processual é, de modo geral, o fato de que um cidadão particular de determinado país está em disputa jurídica com o governo de outro país. (1965, p. 57)

Em razão dos problemas apresentados no contexto internacional e no sentido de que, invariavelmente, os problemas jurídicos que surgiriam não estariam mais contemplados efetivamente pelo direito internacional, necessariamente se deveria pensar nas questões de resolução de conflitos jurídicos e discuti-los de forma mais abrangente. Por este entendimento, pode-se dizer que:

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. (CRUZ; OLIVIERO, 2013, p. 39)

De tal feita, a pluralidade de ordens jurídicas sobrepostas transversais é, para alguns, considerada normativamente desejável, segundo Jean Cohen (2012, p. 43). Essa avaliação empírica e normativa, juntamente com a sensibilidade à assimetria entre as potências globais e o surgimento de novas formas de hegemonia ou formações imperiais, sem mencionar a diversidade de uma sociedade mundial ainda profundamente dividida, leva à rejeição do discurso do Constitucionalismo global como apologético, ou mesmo neoimperial.

A partir da análise deste núcleo de pensamento, Jean Cohen (2012, p. 44) ressalta que desafios que as mudanças políticas e jurídicas representam para as formas tradicionais de tratar as relações entre o direito internacional e o direito nacional e o paradigma da Soberania clássica das relações internacionais são profundas, e não é surpreendente que elas tenham levado a um debate intenso e amplo com potencial bastante sério e como novas ramificações políticas.

A questão é como caracterizar essas mudanças e que tipo de ordem política e legal global elas constituem. Como grande parte da literatura sobre o constitucionalismo global opera dentro da problemática Kelseniana e porque os pluralistas jurídicos rejeitam o monismo Kelseniano em qualquer forma, também assume-se que o projeto do Constitucionalismo requer uma escolha dentre estas: ou a posterior integração/constitucionalização do sistema político global que implica dar o passo para uma ordem legal global monista baseada em princípios cosmopolitas, que tem de dispensar o conceito de soberania (substituindo-a pela subsidiariedade), ou aceitação de um pluralismo jurídico global desordenado (na verdade, sem ordem) que reconhece a multiplicidade de ordens políticas e fontes do direito internacional, mas renuncia a qualquer tentativa de construir e organizar ordens ou constitucionalizar o sistema político global emergente, rejeitando a hierarquia tipo Kelseniana e o nivelamento da autonomia de políticas domésticas e suas ordens jurídicas. (COEHN, 2012, p. 44)

Os teóricos jurídicos e defensores do raciocínio da Constitucionalização global de uma perspectiva neo-kelseniana concordam que a atribuição de autonomia e qualidade constitucional à ordem jurídica que regula o sistema político global teria de implicar o monismo em relação às reivindicações de validade e supremacia. Os debates a partir dessa perspectiva são sobre conceituar a juridicização (e/ou a constitucionalização) do sistema político global por meio de modelos institucionais centralizados ou descentralizados. (COEHN, 2012, p. 45)

Se a pretensão é o surgimento de uma ordem livre e igualitária, torna-se essencial a discussão sobre a superação democrática do Estado Constitucional Moderno, pois:

O monopólio do Estado Constitucional Moderno como única fonte legítima de lealdade política para seus cidadãos começa a ceder seu lugar a um conjunto de identidades políticas mais pluralistas e múltiplas. As pessoas começam a se definir a si mesmas como membros de uma comunidade local, de uma nação ou uma federação multinacional, de uma região ou subcontinente, e como cidadãos do mundo.

Esta evolução deve ser acolhida favoravelmente pelos democratas, já que os impulsos universalistas da Democracia e seus princípios orientam seus seguidores para além de qualquer compromisso com um só nível de proposição política e para além do Estado Constitucional Moderno, na direção de uma construção político-jurídica transnacional. (CRUZ; BODNAR, 2012, p. 103)

O Pluralismo Jurídico Global é caracterizado por um direito para além dos limites territoriais, justamente porque os problemas mundiais das sociedades complexas transcendem esses limites territoriais. Mas, por outro lado, é um direito restrito ao objeto com o qual deve desenvolver suas habilidades de solucionar tais problemas.

O resultado é uma ordem legal transversal em que existem intervenções de diversos sujeitos, como novos partidos, sujeitos, não estatais, privados e organizações não governamentais, e para os quais existem novos métodos de gestão que permitem propor respostas mais próximas do que se considera adequado às necessidades emergentes ao nível Transnacional.

CONCLUSÃO

A Transnacionalidade no âmbito jurídico se propõe a utilizar todos os instrumentos do ordenamento jurídico (regras, princípios, costumes e ordem pública) para atingir níveis mais próximos do que se considera justiça e segurança mundial, respeitando a dignidade da pessoa humana e pensando na proteção das futuras gerações.

Para tanto, é necessário valer-se de entendimentos e construções teóricas que possam cimentar tais propostas, bem como propor a criação e a composição técnico-jurídica adequada de órgãos Transnacionais para atender às demandas que os tribunais domésticos não conseguem mais acolher e resolver. Assim sendo, a Transnacionalidade visa propor alternativas de resolução de conflitos internacionais, que atingem mais de um determinado país, mas que seja

de interesse de vários grupos de pessoas ou de vários países, independentemente de suas origens e nacionalidades.

O Estado Constitucional se liga a outros Estados que compartilham o mesmo fundamento dos valores de liberdade e igualdade, no qual a dignidade humana também é colocada em primeiro lugar dentre os princípios da liberdade pessoal como paradigmas centrais do sistema legal. Uma influência construtiva em uma sociedade cada vez mais móvel em redes que cruzam fronteiras só é possível para Estados Constitucionais Democráticos que cooperam de maneira sensata, salvaguardando interesses comuns.

Somente aqueles Estados que se unem, em razão da necessidade de uma composição pacífica dos interesses e das possibilidades de escolhas comuns, podem alcançar a amplitude necessária de oportunidades de ação para moldar as condições de uma sociedade livre de maneira responsável no futuro.

Fala-se, assim, que os elementos construtivos do direito fundamental e dos Direitos Humanos privilegiam a manutenção da paz e a superação de qualquer antagonismo destrutivo entre os Países Europeus (por exemplo), como os objetivos políticos eminentes da República Federal. A condição de Estado Soberano significa, portanto, um espaço pacificado e sua ordem segura, baseada na liberdade individual e na autodeterminação coletiva.

É importante salientar que a criação de Organizações Internacionais que viabilizam o respeito e a proteção aos Direitos Humanos e ocupam-se da manutenção de seus próprios sistemas jurisdicionais deve observar, nos seus procedimentos de tomada de decisão, que a Legislação Internacional e Supranacional devem considerar também os Sistemas Normativos Nacionais para equilibrar o requisito de compatibilização visando à proteção dos Direitos Fundamentais como também da defesa da Soberania do Estado e das divergências culturais nacionais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASTELLANO, Danilo. **Costituzione e costituzionalismo**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013. p. 48.

COEHN, Jean L. **Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 43.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012.

CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Fundamentos do Direito Transnacional. *In:* ROSA, Alexandre Morais da; STAFFEN, Marcio Ricardo (Org.). **Direito Global: transnacionalidade e globalização jurídica**. Itajaí: UNIVALI, 2013. p. 33-51. p. 39.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. **Os novos Cenários Transnacionais e a Democracia Assimétrica**. *In:* Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). v. 2, n.2, jul-dez.2010. p 96-111.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Traducción de Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2007.

GALINDO, Bruno. **Teoria Intercultural da Constituição: A transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Europeia e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **O Ocidente Dividido: pequenos escritos políticos X**. Tradução de Bianca Tavorari. São Paulo: Editora UNESP, 2016.

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

KOH, Harold Hongju. **Why Transnational Law Matters**. Faculty Scholarship Series. Paper 1793. 2006.

LORELLO, Laura. Ordine Giuridico Globale e Ruolo dello Stato. *In:* VIOLA, Francesco (Org.). **Lo Stato Costituzionale di Diritto e le Insidie del Pluralismo**. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2012. P. 175-204.

MATTEUCCI, Nicola. **Organizzazione del potere e libertà**. Storia del costituzionalismo moderno. Bologna: Mulino, 2016.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

SANDE, Inger-Johanne. **From National Sovereignty to International and Global Cooperation:** The Changing Context and Challenges of Constitutional Law in a Global Society. Estocolmo: Scandinavian Studies in Law, Vol. 52, 2007, p. 274-298.

SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **A Globalização e as Ciências Sociais.** 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

VIOLA, Francesco. Costituzione e Costituzionalismi. *In: Iustitia*, 62 (2), 2009. P. 247-255.

ZOLO, Danilo. **I Signori della Pace:** uma crítica del globalismo giuridico. Roma: Carocci Editore, 1998.