

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

CLARISSA TASSINARI

FERNANDO DE BRITO ALVES

JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

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 - IMED – Rio Grande do Sul

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

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Clarissa Tassinari; Fernando de Brito Alves; José Claudio Monteiro de Brito Filho. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-686-4

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

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Ao recebermos o convite para coordenarmos o Grupo de Trabalho “Constituição e Democracia I”, já era possível prever a “conversação multitemática” que poderia compor este momento oportunizado pelo CONPEDI Porto Alegre/RS. Os 30 anos da Constituição brasileira e o processo eleitoral recente, acontecimentos do ano de 2018 relacionados ao título deste GT, poderiam justificar a efervescência da crítica político-constitucional e o grande interesse por debates afins em um eixo temático que, dado o volume de submissões, teve de ser fracionado em dois (“Constituição e Democracia I e II”). Em um contexto como este, diante da abrangência do tema proposto para este GT, ganha destaque a diversidade de enfoques nas pesquisas acadêmicas.

Não por acaso a discussão sobre Direito e Democracia desdobrou-se em abordagens, sob diferentes perspectivas teóricas, sobre Estado, constitucionalismo e jurisdição. Controle social, participação popular, sistema eleitoral e desafios para a democracia representativa deram contornos para discussão envolvendo o projeto democrático brasileiro. Judicialização da política, ativismo judicial, acesso à justiça, coletivização de demandas, efetividade e temporalidade do processo, precedentes e efeito vinculante e diálogos institucionais foram os principais assuntos que alinharam as reflexões apresentadas neste GT junto ao tema jurisdição.

Além disso, autoritarismo, papel do Estado e de suas instituições, crise do Estado na era da globalização, fontes normativas não estatais, dinâmica entre os três Poderes, matrizes de fundamentação do agir estatal (como o utilitarismo, por exemplo) e a livre nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal feita pela Presidência foram elementos que traduziram, na forma de pensamento crítico, as preocupações que giram em torno da conformação do Estado (brasileiro). Por fim, o cenário do constitucionalismo e de suas reformulações teóricas, como as questões do novo constitucionalismo latino-americano e da importância dos princípios constitucionais, também fizeram parte dos diálogos propostos.

Como se pode perceber através da breve síntese formulada acima, com os principais temas dos artigos apresentados no dia 15 de novembro de 2018, o que o leitor poderá “desbravar”

na sequência é uma série de caminhos para refletir sobre um tema comum – crises, transformações e alternativas para o constitucionalismo brasileiro e para sua fundamentação teórica. Eis o desafio, lançado para todos nós, que ousamos pensar o Direito.

Boa leitura!

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves – UENP

Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho - UFPA / CESUPA

Profa. Dra. Clarissa Tassinari – UNISINOS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**DEMOCRATIZAÇÃO E LIMITAÇÃO DOS FRAGMENTOS CONSTITUCIONAIS:
O PODER DOS DIREITOS HUMANOS E DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL
NA SOCIEDADE MUNDIAL**

**DEMOCRATIZATION AND LIMITATION OF CONSTITUTIONAL FRAGMENTS:
THE POWER OF HUMAN RIGHTS AND SOCIAL CONSTITUTIONALISM IN
WORLD SOCIETY**

Bernardo Leandro Carvalho Costa

Resumo

O presente trabalho tem como objetivos demonstrar como os direitos humanos, a partir do constitucionalismo social, podem servir como um meio de comunicação capaz de limitar a expansão dos fragmentos constitucionais, ao mesmo passo que incentivam sua democratização. Tal proposta parte da constatação das manifestações autônomas do constitucionalismo presentes em sistemas sociais diversos ao Direito e à Política. A problemática evidenciada, bem como os objetivos presentes na pesquisa e a conclusão, são construídos por meio da metodologia da Teoria dos Sistemas Sociais (LUHMANN, 2016) e da técnica de pesquisa de documentação indireta, com revisão de bibliografia nacional e estrangeira.

Palavras-chave: Direitos humanos, Constitucionalismo social, Fragmentos constitucionais, Limitação, Teoria dos sistemas sociais

Abstract/Resumen/Résumé

The research has the objectives of shows how the human rights and the social constitutionalism can limit the constitutional fragment expansion and democratize them. The proposal observes the manifestations of constitutionalism that are out of the politics and law systems. The problem, the objectives and the conclusion was constructed through Luhmann's social systems theory, using national and foreign bibliography

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, Social constitutionalism, Constitutional fragments, Limitation, Social systems theory

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno constitucional é um dos pontos centrais das atuais discussões jurídicas. Ao menos desde as revoluções liberais do século XVIII, muito se discute acerca das técnicas de limitação do poder por meio de uma constituição.

Com forte influência da teoria institucionalista do direito, o constitucionalismo surgiu a partir da crença na possibilidade de criação de mecanismos de controle do poder a partir do Estado. Nesse diapasão, são fundamentais as contribuições de autores como Carré de Malberg (MALBERG, 1948), para quem a Constituição é um documento único que regula o exercício do poder do Estado no âmbito de determinado território.

Na Alemanha, a grande referência no âmbito da Teoria do Estado (JELLINEK, 2000) destaca a importância do pensamento francês na construção do Direito Constitucional, ao passo que destaca, com referência em Carré de Malberg, a existência de elementos imprescindíveis do Estado, a quem a Constituição deve estar vinculada.

Na sequência, o normativismo influenciou enfaticamente as construções constitucionais, principalmente a partir do trabalho de Hans Kelsen (KELSEN, 1990) e sua concepção acerca da jurisdição constitucional; sem esquecer o clássico debate com Carl Schmitt. (SCHMITT, 1943)

De fato, no trabalho de Kelsen já há uma preocupação com o Direito Internacional. (KELSEN, 1990). Referida preocupação, com suas peculiaridades, também aparece em uma das subdivisões do Direito Público de Jellinek (2000).

Todavia, no contexto da globalização, o Direito supera as tradicionais fronteiras do Estado, base para a construção das teorias constitucionais acima citadas.

O problema colocado em questão no presente trabalho é o da insuficiência das teorias tradicionais do constitucionalismo para observar questões atuais em matéria constitucional- casos e decisões que transcendem as concepções tradicionais de soberania estatal. Referida problemática é enfrentada com maior ênfase nas manifestações autônomas do Direito Constitucional nos regimes privados da sociedade mundial, em que organizações do Sistema da Economia regulam comportamentos sociais sem a participação dos cidadãos na produção normativa.

Além da carência de legitimidade de referidos processos, atenta-se para o risco de expansão de determinados sistemas, como o da Economia, sem preocupação com o ambiente social e a diferenciação dos demais sistemas.

Como temas centrais, apresentam-se os atuais estudos em sociologia do constitucionalismo, mormente o de Chris Thornhill, demonstrando a formação do que denomina de Constituições Transnacionais. (THORNHILL, 2016). Nessa linha, outras perspectivas de observações sociológicas do constitucionalismo serão apresentadas ao longo do trabalho, seguindo a divisão proposta por Leonel Severo Rocha acerca das matrizes da teoria jurídica contemporânea, com destaque para a transição da matriz analítica (normativista) para a pragmático-sistêmica (sociológica). (ROCHA, 2005)

No âmbito da sociologia do constitucionalismo, dar-se-á ênfase ao estudo de Teubner (2016) acerca dos fragmentos constitucionais nos regimes privados, evidenciando a carência de legitimidade de vários processos criados nesse ambiente, bem como o risco de expansão de determinados sistemas, como o da Economia, nesses processos.

O objetivo geral é demonstrar os recentes estudos acerca do constitucionalismo em um processo de globalização, evidenciando as novas perspectivas de análise do Direito Constitucional que partem da sociologia do constitucionalismo.

Delimitando-se esse objetivo à análise da problemática constatada no âmbito dos fragmentos constitucionais nos regimes privados (TEUBNER, 2016), o objetivo específico será apresentar propostas eficientes no controle da possível expansão sistêmica desse setor, com o intuito de manter certo grau de sustentabilidade social. Nesse ponto, os direitos humanos têm papel importante no presente estudo.

Justifica-se a presente proposta na medida em que a maior problemática evidenciada no âmbito das novas constatações acerca do Direito Constitucional na globalização envolve a limitação dessas manifestações autônomas do constitucionalismo, que fogem da perspectiva estatal.

Em aportes conclusivos, demonstrar-se-á o modo como os direitos humanos podem servir como um meio de comunicação comum para a limitação da expansão de diferentes sistemas sociais na sociedade mundial.

Como metodologia, será utilizada a Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, base para as observações sociológicas do constitucionalismo. Como método de procedimento, será usada a técnica de pesquisa de documentação indireta, com revisão de bibliografia nacional e estrangeira. (LUHMANN, 2007)

2 O CONSTITUCIONALISMO: PERSPECTIVA TRADICIONAL DE OBSERVAÇÃO

O constitucionalismo, em sua vertente mais tradicional, é observado como técnica de limitação do poder por meio de um documento único (Constituição) a partir do qual se entende que, em determinado momento histórico, se pode determinar o futuro de uma nação a partir de um texto constitucional. (BOBBIO, 1987)

Referida visão, fortemente influenciada pelos ideais revolucionários do século XVIII, especialmente nas revoluções de Estados Unidos e Inglaterra, é a que majoritariamente orienta as observações de diversos atores acerca do constitucionalismo.

Nesse sentido, Jellinek (2000), referência em Teoria do Estado, afirma que o que concebemos atualmente por constitucionalismo teve origem nos Estados Unidos da América ao longo de seu processo revolucionário. O exemplo norte-americano foi seguido pela França posteriormente disseminado pela Europa.

Apesar da origem nos Estados Unidos, a doutrina de Direito Constitucional foi elaborada na França, com o desenvolvimento dos principais institutos. Nesse trabalho, é de fundamental importância a obra de Carré de Malberg (1948), que concebe a Constituição como o documento único que regula o exercício do poder do Estado dentro de determinado território. A partir dessa concepção, a ideia de soberania estatal é fundamental para o constitucionalismo.

O Direito Constitucional, para Carré de Malberg (1948) é um ramo do Direito Público que regula essa relação entre o Estado e seu povo dentro do referido território.

Influenciado por essa linha, Jellinek (2000, p. 383) afirma que o Direito Público se subdivide entre Direito Internacional e Direito Judicial, que é formado pelo Direito Penal, Processual, Administrativo e Político em sentido estrito. Este último é o Direito Constitucional.

No mesmo sentido, afirma que há elementos imprescindíveis no Estado. A Constituição, por sua vez, regula a imbricação entre esses elementos:

O território, nesse sentido, é também um pressuposto necessário para o exercício do poder do Estado sobre os cidadãos dele mesmo, que vivem em outros países. Esses apenas podem ser submetidos ao poder do Estado na medida em que as consequências jurídicas de submissão possam se realizar nesse território. (JELLINEK, 2000, p. 389). (grifo nosso). (tradução livre).

Atendendo a esta segunda propriedade, os indivíduos, assim como as associações ordenada dentro de um Estado, são objetos do poder deste, objeto de sua

soberania; porém entre aquela situação de sujeitos de direito e a situação de sujeitos de deveres, há uma transição. (JELLINEK, 2000, p. 417). (grifo nosso). (tradução livre).

O poder que está dotado de força é um poder de dominação, e, por consequência, poder do Estado. A dominação é a qualidade que diferencia o poder do Estado de todos os demais. (JELLINEK, 2000, p. 422). (grifo nosso). (tradução livre).

Entre esses elementos, como afirma Jellinek (2000, p. 418), há um condicionamento mútuo, a ser regulado pela Constituição do Estado.

Como influência dessas doutrinas tradicionais, com destaque para Carré de Malberg (1948) na França e Jellinek (2000) na Alemanha, normalmente quando se fala de constitucionalismo, costuma-se citar datas e eventos históricos que são considerados marcos da história constitucional.

Esta visão é esboçada em renomados autores ao longo do século XX, inclusive na obra de Bobbio (1987, p. 101), grande discípulo de Kelsen, para quem:

Costuma-se chamar de "constitucionalismo" à teoria e à prática dos limites do poder: pois bem, o constitucionalismo encontra a sua plena expressão nas constituições que estabelecem limites não só formais, mas também materiais ao poder político, bem representados pela barreira que os direitos fundamentais, uma vez reconhecidos e juridicamente protegidos, erguem contra a pretensão e a presunção do detentor do poder soberano de submeter à regulamentação todas as ações dos indivíduos ou dos grupos.

Outra importante obra produzida pelos autores Elster e Slagstad (ELSTER; SLAGSTAD, 1999) sobre o tema, logo aparece, em aspectos introdutórios descritos por Herrera (HERRERA, 1990), uma definição de constitucionalismo como “[...] o marco jurídico impositivo que, a sua vez, limita e cria o poder em suas distintas vertentes por meio de um sistema de pesos e contrapesos.”

Perspectiva semelhante é esboçada na concepção de Constituição presente na obra do grande jurista português Canotilho (2003, p. 51-52):

Por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Podemos desdobrar este conceito de forma a captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: (1) ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo

de garantia; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado.

Concomitantemente à formação desta perspectiva em Direito Constitucional, formaram-se os conceitos de Estado, Nação, Soberania Nacional e Poder Constituinte. Em relação a este último em específico, é fundamental a obra de Sieyès elaborada no contexto do período revolucionário francês. (SIEYÉS, 1986)

Tal perspectiva de observação das relações entre Direito e Política foi fundamental na construção do que se passou a denominar de constitucionalismo, mediando a transição para a era contemporânea, na época de formação das diferentes esferas do contexto social, especialmente, Direito, Religião, Economia e Família e a formação do que Lefort (LEFORT, 1983) denomina de O Político; o que contemporaneamente se pode denominar de democracia.

Passados alguns séculos desta construção, é fato que o fenômeno da globalização, acompanhado de suas diversas características, cujo destaque se dá para o deslocamento do espaço da comunicação para uma perspectiva global, trouxe uma série de alterações à sociedade atual. (ZOLO, 2010)

Em tal contexto, o sistema jurídico passa a conviver com diversos atores e fenômenos que emergem no contexto da globalização.

Com especial atenção a *lex mercatoria*, Teubner (TEUBNER, 1997) demonstra a passagem de um modelo centrado no papel tradicional dos Estados nacionais para um cenário em que o Direito passa a ser observado a partir da convivência com diferentes manifestações de orientações jurídicas. Isso o leva a afirmar, a partir da superação do clássico modelo hierárquico de jurisdição, que não se pode mais falar apenas na metáfora dos “dois corpos do rei”, mas sim de “múltiplos corpos do rei.” (TEUBNER, 1997)

Trata-se, conforme afirma Teubner, de uma manifestação diferente do fenômeno jurídico no seio da globalização; levando o jurista a observar a formação do Direito em uma sociedade policontextual. (TEUBNER, 2005)

Em tal proposta, a partir, principalmente, do reconhecimento da “Global Bukowina”, diversos outros códigos binários, mormente o da ordem econômica (lucro/não lucro) passam a orientar a atuação dos diversos atores no cenário internacional. (TEUBNER, 1996). Além dessa orientação, com forte influência da *lex mercatoria*,

diversos outros sistemas autônomos, a exemplo da internet e da *lex sportiva*, formam-se no contexto da sociedade global com status constitucional.

Com status constitucional, Teubner (TEUBNER, 2016) afirma que esses novos sistemas autônomos, superando a tradicional teoria da Constituição centrada na figura do Estado, formam o que denomina de fragmentos constitucionais.

Nesta perspectiva, o fenômeno jurídico, inerente ao contexto da sociedade, também enfrenta atualmente uma série de situações novas, incluindo problemas comuns em matéria de Direito que ultrapassam as fronteiras de determinado país.

Como consequência, o sistema jurídico é acionado para dar respostas a esses problemas comuns envolvendo diferentes países ao longo do mundo.

É fato que, a partir de casos contemporâneos envolvendo problemas comuns entre diferentes países, passa-se a verificar as insuficiências dos tradicionais conceitos constitucionalismo moderno para o tratamento de questões próprias da sociedade globalizada.

A partir desta problemática, com o intuito de demonstrar as referidas insuficiências, uma área específica de estudos tem se dedicado a comparar o tradicional conceito de constitucionalismo com as questões atuais colocadas à prova no sistema jurídico.

Esta área de estudos é denominada de Sociologia do Constitucionalismo e será abordada no próximo item a com enfoque na perspectiva de Chris Thornhill. (THORNHILL, 2011).

3 A SOCIOLOGIA DO CONSTITUCIONALISMO: DESAFIOS ATUAIS DA TEORIA CONSTITUCIONAL

Cientes dos novos desafios em matéria de Direito Constitucional, uma série de autores tem se debruçado acerca de uma área de estudos que pode ser denominada de Sociologia do Constitucionalismo. Nessa seara, destaca-se o recente trabalho de Febbrajo sobre o tema. (FEBRAJJO, 2016).

Há de se destacar, antes de adentrar aos estudos em Sociologia do Constitucionalismo, que autores importantes na área de Direito Constitucional adaptaram suas teorias para observar os influxos da globalização sobre o constitucionalismo. O próprio Canotilho (2008), acima mencionado, elaborou o

conceito de “interconstitucionalidade” para observar as relações entre as constituições de diversos países no contexto da União Europeia a partir de Portugal. Nos Estados Unidos, por sua vez, Bruce Ackermann (2007) sustenta uma evolução em relação ao modelo provincialista do constitucionalismo norte-americano, propondo uma abertura aos influxos do Direito Constitucional global.

Com especial dedicação à referida área de estudos Chris Thornhill (THORNHILL, 2011) propôs a elaboração de uma metodologia própria para observar o Direito Constitucional; o que denomina de Sociologia das Constituições.

O ponto de partida para referida proposta foi diferenciar-se de uma perspectiva anterior de observação do constitucionalismo: a normativista. Segundo Thornhill (THORNHILL, 2011):

A análise normativa concentra-se no aspecto generalizado da legitimidade. Observa, geralmente, a legitimidade como um atributo do sistema político apto a providenciar justificativas gerais e racionais para o referido sistema, a partir da descrição de documentos escritos, seja por meio da análise de constituições, direitos constitucionais ou demais atos legislativos. A análise histórico-sociológica foca no aspecto fático da legitimidade. Sustenta que o sistema político mantém legitimidade por meio do monopólio objetivo do poder, observando a legitimidade (e o poder) como objetos simbólicos, generalizados pelo sistema da política, não por causa de seu conteúdo substancial, mas em referência aos padrões sociais de determinada sociedade.¹ (tradução livre).

Apontando essa diferença fundamental e, na sequência, demonstrando o que entende por análise sociológica do constitucionalismo Thornhill (THORNHILL, 2011) utiliza uma série de concepções da sociologia sistêmica de Niklas Luhmann (LUHMANN, 2002) para explicar o atual contexto de análise da Teoria Constitucional.

Entre esses conceitos encontram-se os de sociedade mundial, Sistema da Política e Sistema do Direito.

¹ “Normative analysis concentrates on the generalized aspect of legitimacy. It sees legitimacy as the attribute of a political system able to provide nationally generalized justifications for itself and to reflect such justifications, usually by means of a constitution and constitutional rights, in all its legislative acts. Historical-sociological analysis focuses on the factual aspect of legitimacy. It argues either that a political system maintains legitimacy through its objective monopoly of social power, or it sees legitimacy as a symbolic commodity, which a political system generalizes, not because of its substantive content, but through reference to the belief patterns or the social structure of a given society.” THORNHILL, Chris. Towards a historical sociology of constitutional legitimacy. **Theory and Society**. [S.l.]. V. 37, n. 2, p. 164.

Para Luhmann, quando se fala em Direito ou Política, não se pode falar de algo que está fora da sociedade mas sim de diferentes âmbitos de comunicação que são inerentes ao contexto social. Por isso, em suas obras, sempre refere que está falando acerca do “Direito da Sociedade” ou de um Sistema Político que se comunica com este a partir do pertencimento a um sistema social que tudo abarca: a sociedade mundial. (LUHMANN, 2002)

Portanto, para Luhmann, superando o tradicional nacionalismo metodológico que é forte em diversas teorias sociais, a sociedade só pode ser observada a partir de um contexto global, considerando o que denomina de sociedade mundial. (LUHMANN, 2002)

Tal perspectiva, percebe Thornhill, é fundamental para observar o modo como o Direito enfrenta atualmente problemas comuns que ultrapassam as fronteiras dos Estados nacionais. (THORNHILL, 2011)

A partir desta constatação, Thornhill demonstra em uma de suas obras a formação do que denomina de constituições transnacionais. (THORNHILL, 2011)

Thornhill demonstra o modo como a partir de problemas comuns envolvendo diferentes Estados, as Cortes Constitucionais de diversos países, para além da tradicional observação do Direito Internacional (Direito dos Tratados), passaram a utilizar legislação internacional e decisões de tribunais estrangeiros para decidirem problemas próprios de cada país. (THORNHILL, 2016).

Portanto, independentemente do tradicional modelo de ratificação de tratados internacionais, diversas cortes, de diversos países, ao analisarem casos que possuem repercussão internacional, citam legislação internacional e decisões de outras cortes que já tenham se manifestado em casos semelhantes.

Tal constatação de Thornhill demonstra o modo como sociologicamente se pode observar o deslocamento do modelo de Constituição baseado na figura do Estado nacional e dos conceitos de soberania e poder constituinte, para uma perspectiva constitucional que se dá a partir de uma construção transnacional de normatividade. (THORNHILL, 2016)

Em importante trabalho sobre o tema, Marcelo Neves já apresentava a possibilidade de construção do que denominou de Transconstitucionalismo, consistente

no diálogo necessário entre cortes constitucionais a partir de problemas comuns. (NEVES, 2009)

De fato, Thornhill, após propor uma metodologia rigorosa para a análise da sociologia do constitucionalismo, afastando-se de perspectivas anteriores baseadas em leituras normativistas do fenômeno constitucional (THORNHILL, 2011), demonstrou sociologicamente em obra recente a formação fática das Constituições Transnacionais, a partir da análise de diversos países. (THORNHILL, 2016)

Em complementação às constatações de Teubner (TEUBNER, 2016) acerca da fragmentação constitucional atual, visando principalmente concepções oriundas do direito privado, especialmente *lex mercatoria*, Thornhill (THORNHILL, 2016), na linha de Marcelo Neves (NEVES, 2009) e Febrajjo (FEBRAJJO, 2016), demonstra o modo como o constitucionalismo transnacional é também um tópico de observação do Direito Público.

A partir de problemas comuns em matéria de direitos humanos, Thornhill (THORNHILL, 2016) demonstra o modo como as Cortes Constitucionais e tribunais de diferentes níveis utilizam legislação e decisões de outros órgãos para fundamentar decisões atinentes a esta temática.

Portanto, para Thornhill (THORNHILL, 2016), apesar do contexto de fragmentação constitucional apontado por Teubner (TEUBNER, 2016), os tribunais, a exemplo do afirmado por Luhmann (LUHMANN, 2015), ainda possuem um papel central na observação do constitucionalismo.

Ao perceberem a natureza transnacional de problema colocados à decisão no contexto atual, principalmente em matéria de direitos humanos, tribunais de diferentes níveis utilizam casos e legislação de diferentes níveis (legislação internacional e tribunais supranacionais, por exemplo) como *ratio decidendi* para esses problemas comuns.

O tribunal, portanto, como centro do sistema jurídico, percebe a natureza transnacional dos atuais problemas em matéria de direitos humanos e supera a tradicional observação territorial do constitucionalismo.

Em síntese, isso forma o que Thornhill denomina de constituições transnacionais. (THORNHILL, 2016).

4 DEMOCRATIZAÇÃO E LIMITAÇÃO DOS FRAGMENTOS CONSTITUCIONAIS POR MEIO DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E DOS DIREITOS HUMANOS

Tema de fundamental importância no âmbito das transformações do constitucionalismo ao longo do processo de globalização é o da fragmentação do Direito Constitucional no âmbito dos regimes privados. Além de superar as tradicionais concepções de Constituição, principalmente no que tange à limitação geográfica de um documento único estruturado para regular as relações de poder em determinado território, novas circunstâncias têm direcionado as observações do Direito Constitucional para manifestações normativas autônomas em outros sistemas sociais. Nas palavras de Teubner (2016, p. 34): “[...] o constitucionalismo moderno [...] estaria sendo enfraquecido, como é costume dizer, pela transferência de atividades do Estado Nacional para organizações, regimes e redes transnacionais.”

Na teoria sistêmica de Luhmann (2016), como exposto acima, concebe-se a Constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas da Política e do Direito. Tal perspectiva é de fundamental importância para compreender a manifestação do constitucionalismo em um ambiente globalizado, o que Luhmann (2016) denomina de sociedade mundial.

Ocorre que o eu se entende por fragmentação constitucional é a manifestação autônoma de normatividade em outros sistemas, para além da Política e do Direito. No Sistema da Economia, a título de exemplo, decisões da Organização Mundial do Comércio, com efeitos a nível global, sobrepõem-se a qualquer tipo de vinculação com as tradicionais estruturas do poder estatal. São decisões dotadas de eficácia global e que não passam por qualquer processo de construção democrática. Os cidadãos a elas estão submetidas, mas sem qualquer possibilidade de participação. Como destaca Teubner (2016, p. 33):

Sobre qual base de legitimação os regimes transnacionais regulam esferas inteiras de vida social, adentrando até mesmo nas especificidades da vida cotidiana? Onde se situam as fronteiras dos mercados financeiros globais em sua expansão na economia real e de outros âmbitos da sociedade?

Do mesmo modo, a cultura digital massificada pela utilização da internet apresenta regras comuns de utilização a nível global, sobrepondo-se a qualquer regulação nos diferentes Estados que a utilizam. O julgamento de eventuais questões controversas nesse ambiente, a exemplo de suposta violação à liberdade de expressão, sequer passam pela análise do Estado, a exemplo dos julgamentos realizados pelo ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*).

Observa-se, portanto, como a regulação e o julgamento de diversas questões globais não estão mais submetidas ao crivo do Estado, sequer com participação das estruturas dos sistemas da Política e do Direito a nível mundial. Nesse sentido, afirma Teubner (2016, p. 33) que:

Responsáveis pela nova problemática constitucional são: a fragmentação da sociedade mundial, a desformalização de suas estruturas jurídicas, bem como as novas formas de direcionamento da sociedade mundial e a questionável legitimidade da nova global governance.

Por outro lado, se percebe como as referidas problemáticas são sempre colocadas à prova a partir de um pressuposto jurídico. No presente caso, pressupostos de liberdade de escolha/ participação e de liberdade de expressão foram meios de comunicação utilizados para apontar eventuais violações em relação aos regimes privados.

Portanto, ainda que a nova questão constitucional, como denomina Teubner (2016, p. 23) apresente diversos fatores totalmente novos em relação aos cenários anteriores do Direito Constitucional, os direitos humanos, com destaque para sua construção histórica, continuam sendo uma linguagem comum para apontar suas violações a nível global.

Há de se destacar, por outro lado, retomando as obras clássicas citadas no início do presente texto, principalmente Carré de Malberg (1948) e Jellinek (2000), que há uma diferença substancial entre o intuito de elaboração do constitucionalismo no período revolucionário ao longo do século XVIII e as atuais bases sobre as quais se precisam criar novas propostas. O intuito claro do constitucionalismo tradicional era limitar o poder estatal, controlar as energias do Estado. Atualmente, uma vez que essa estrutura pouco atua nos grandes casos constitucionais, a exemplo dos acima citados,

faz-se necessária a liberação de um poder social capaz de limitar a atuação expansiva de determinados sistemas sociais. (TEUBNER, 2016, p. 23-24).

Essa diferença deve levar em conta, ainda, que os problemas mencionados nos regimes privados ultrapassam tanto as fronteiras territoriais do Estado, quanto os limites dos sistemas encarregados de atuar nesse âmbito (Política e Direito). Nesse contexto, há forte perda de utilização do meio de comunicação simbolicamente generalizado “poder” pelos sistemas da Política e do Direito, contribuindo para uma crise do Estado nacional. Nesse cenário, faz-se imprescindível a articulação de um novo constitucionalismo democrático, como destaca Teubner (2016, p. 26):

Um novo constitucionalismo democrático, contudo, poderia produzir efeitos compensatórios, caso lograsse êxito em sujeitar as infrenes dinâmicas do capitalismo global aos freios do poder domesticamente de processos políticos instaurados em nível mundial.

As primeiras contribuições são oriundas da sociologia do constitucionalismo, como destacado no título anterior, principalmente por constatarem a perda da centralidade do Estado nacional nos processos de construção do Direito, evidenciando, ademais, como as constituições, enquanto acoplamento estrutural entre Direito e Política, formataram-se para além de documentos únicos escritos. (THORNHILL, 2016).

Na sequência, evidencia-se como o fenômeno da constitucionalização na sociedade mundial envolve o contato dos sistemas do Direito e da Política com outras esferas sociais, com destaque para economia global, ciência, educação, meios de comunicação de massa e saúde. (TEUBNER, 2016, p. 26).

Nesse ambiente de produção autônoma do Direito Constitucional, o maior desafio é encontrar limitadores à expansão de regimes privados, como o Sistema da Economia, de modo que sua autoprodução autônoma não acabe por criar um colapso social em relação aos demais sistemas, com destaque para o Direito e a Política. Essa expansão de determinados sistemas pode gerar colisões:

[...] colidem as racionalidades parciais da sociedade mundial umas com as outras: os princípios orientadores da economia, da ciência, da medicina, da cultura e da religião disputam pela intervenção de instituições ocidentais sobre conhecimento tradicional e por uma limitação efetiva dessa intervenção.

-Como essa questão pode ser enfrentada pelo constitucionalismo social?

Destacou-se acima que os direitos humanos servem como um meio de comunicação para constatar sua violação em diferentes ambientes. Do mesmo modo, no âmbito dos fragmentos constitucionais, as oposições às circunstâncias ocorridas no contexto da fragmentação são sempre verificadas tendo os direitos humanos como parâmetro.

Na mesma medida em que os direitos humanos servem para a constatação de violações no tocante aos regimes privados, podem servir também como limitadores à expansão dessas manifestações autônomas do constitucionalismo. A construção de um constitucionalismo social, portanto, passa pela linguagem dos direitos humanos como meio de comunicação comum no nível da sociedade mundial.

A partir desse meio de comunicação apto a exigir cobrança a nível global (direitos humanos), faz-se necessária a articulação de novas formas de governança global (HOLMES, 2017), em complementariedade às tradicionais concepções de governo oriundas do constitucionalismo moderno.

Nesse debate, levando-se em conta a temática imprescindível dos direitos humanos, faz-se de fundamental importância retomar a discussão acerca de sua eficácia horizontal no âmbito dos regimes privados, afastando-se da estrita observação de violações de direitos humanos pelo Estado, ou seja, de sua eficácia vertical:

Os escândalos acima expostos de violação de direitos humanos por empresas transnacionais são habitualmente tratados como problema de “eficácia horizontal” de direitos fundamentais estatais. Originalmente direcionados ao Estado, as garantias dos direitos fundamentais também podem ser eficazes contra violações por parte de “terceiros”- atores privados transnacionais- na medida em que, conforme a doutrina atualmente dominante, forem impostos deveres de proteção à comunidade internacional de Estados. (TEUBNER, 2016, p.42)

Assim, com base na linguagem comum apontada, a saída é construir um constitucionalismo social que sustente que cada regime privado, em seu atuar autônomo, observe o respeito aos direitos humanos em relação aos demais sistemas da sociedade mundial, criando, como afirma Teubner (2016, p. 302), um ambiente baseado na sustentabilidade:

Sustentabilidade não pode mais se limitar à relação da economia com a natureza, ou seja, à relação apenas de um sistema social com um de

seus ambientes. O princípio da sustentabilidade deve ser repensado para além da economia, levando-se em conta todos os regimes funcionais. Ao mesmo tempo, deve incorporar, para além de apenas o ambiente natural, todos os ambientes relevantes dos regimes.

Essa sustentabilidade passa necessariamente pela consideração da diferenciação funcional dos demais sistemas no operar autônomo de determinado sistema social. Assim, o Sistema da Economia, no desenvolvimento de suas produções normativas próprias, deve levar em consideração o risco de se expandir para além de seus limites sistêmicos. O Sistema da Ciência, ainda que pretenda universalizar determinados procedimentos, principalmente os vinculados à saúde, deve levar em conta o respeito aos conhecimentos tradicionais dos povos originários, evitando realizar uma colonização que acabe gerando o colapso do outro sistemas, prejudicando o sistema social como um todo.

Essa limitação da expansão só é possível por meio da formação de redes intersistêmicas que possibilitem a observação das racionalidades alheias no operar dos sistemas sociais. A base para esse limite é encontrar um meio de comunicação comum entre os diferentes sistemas. Como se viu, os direitos humanos são sempre um ponto de partida na verificação de suas violações, descrevendo os fatos que inauguraram a preocupação sobre a fragmentação constitucional dos regimes privados. Os direitos humanos, portanto, com sua eficácia horizontal retomada, devem ser a base para sustentar a limitação de expansão dos regimes privados e defender a democratização das decisões tomadas nesses âmbito.

5 CONCLUSÃO

Como se viu ao longo do trabalho, o primeiro problema apontado foi o das tradicionais teorias do constitucionalismo, quem em que pese a extrema relevância que tiveram ao longo da história, não estão aptas a observar os novos cenários da teoria constitucional.

Desde a perspectiva da globalização, passando pela fragmentação constitucional descrita por Teubner, os clássicos conceitos de soberania e Estado nacional são colocados à prova na medida em que boa parte dos problemas constitucionais atuais transcendem as fronteiras. (TEUBNER, 2016)

Por isso, como resposta à primeira problemática, demonstrou-se como as relevantes contribuições da sociologia do constitucionalismo são imprescindíveis à teoria constitucional atual. Nesse diapasão, seguindo a transição proposta por Rocha (ROCHA, 2005) entre as matrizes analítica e pragmático-sistêmica de observação do Direito, é fundamental o trabalho de Thornhill (THORNHILL, 2016) no tocante à constatação da formação de um constitucionalismo transnacional.

Essa perspectiva, a partir da demonstração de que legislação e decisões de diversos níveis são parte da fundamentação de cortes constitucionais e tribunais para a resolução de problemas comuns em matéria de direitos humanos é a que deve orientar a leitura do direito constitucional em seu cenário atual.

Passando-se por esse tema, observou-se a problemática decorrente, também, desse fenômeno globalizante, presente na fragmentação dos regimes privados, em que manifestações autônomas do constitucionalismo formam-se para além das fronteiras dos Estados nacionais e das tradicionais instituições do Direito e da Política.

Com destaque para o Sistema da Economia, demonstrou-se a formação de normatividade e de decisões autônomas em determinados sistemas sociais sem participação popular ou qualquer limitação à expansão sistêmica. Tal questão é evidenciada por Teubner (2016) no que tange às colisões dos regimes parciais na sociedade mundial.

A partir desse problema, foi demonstrado como os direitos humanos estão presente nas comunicações que constata suas violações a nível global pelos diferentes regimes parciais. Tal questão é a base para Teubner (2016) demonstrar a situação do Sistema da Economia, cuja expansão é evidenciada pela Organização Mundial do Comércio, bem como na questão do direito digital, a partir da jurisdição exercida pelo ICANN no que tange à proteção da liberdade de expressão.

O objetivo, a partir dessa constatação, foi sugerir possível solução à problemática da expansão dos sistemas parciais e da ausência de democratização nesse ambiente, contribuindo para o que Teubner denomina de sustentabilidade a ser alcançada pelos regimes transnacionais.

A partir desse objetivo, conclui-se que os direitos humanos, assim como servem para a constatação de violações no âmbito dos regimes parciais, podem servir como um meio de comunicação comum entre os sistemas sociais, com o intuito de evitar a expansão de determinado sistema em relação à diferenciação funcional do doutro. Ademais, com vistas à efetividade do direito fundamental de participação, deve irritar

aos poucos a criação de novos mecanismos democráticos no âmbito de cada sistema social, com vistas à sua democratização. Tal perspectiva deve contribuir para a formação de redes sistêmicas de comunicação. Essa temática deve retomar a função da eficácia horizontal dos direitos humanos, levando-se em conta sua violação por terceiros, a exemplo dos sistemas parciais, uma vez que a figura do Estado, como já se viu ao longo do presente trabalho, é cada vez mais ausência no ambiente da sociedade mundial globalizada.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. A ascensão do constitucionalismo mundial. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (orgs.). **A constituição do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra: 1987.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **'Brançosos' e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.) **Constitucionalismo y Democracia**, México: fondo de cultura económica, 1999. p. 7.

FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do Constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. São Paulo: Juruá: 2016.

HOLMES, Pablo. **O constitucionalismo entre a Fragmentação e a Privatização: Problemas Evolutivos do Direito e da Política na Era da Governança Global**. Dados [online]. 2014, vol.57, n.4. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582014000401137&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em 08 set. 2018.

HERRERA, Alejandro. Estudio introductorio. In. ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y Democracia**, México: fondo de cultura económica, 1999.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado**. Granada: Comares, 2000.

KELSEN, Hans. **Derecho y paz en las relaciones internacionales**. México: Nacional, 1974.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

LEFORT, Claude. **A invenção democrática: Os limites da dominação totalitária**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de La sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México, 2002.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de La sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Saraiva: 2015.

MALBERG, R. Carré de. **Teoria general del estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia do Direito: as três matrizes da teoria jurídica contemporânea**. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la constitución: Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la constitución**. Madrid: Tecnos, 1983

SIEYES, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa - que e o terceiro estado?**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. São Paulo: UNIMEP, 2005.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraivar, 2016.

TEUBNER, Gunther. Global Bokowina: Legal Pluralism in the World-Society. In. TEUBNER, Gunther (Org.). **Global Law Without a State**. Dartmouth: London, 1996.

TEUBNER, Gunther. The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy. In: **Law and Society Review** 31, 1997.

THORNHILL, Chris. **A Sociology of Constitutions**. Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective. New York: Cambridge University Press, 2011.

THORNHILL, Chris. **A Sociology of Transnational Constitutions**. Constitutions and democracy in post-national legal structure. New York: Cambridge University Press, 2016.

ZOLO, Danilo. **Globalização**: um mapa dos problemas. São José, SC: Conceito Editorial, 2010.