

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

TEORIA CONSTITUCIONAL

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

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

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Paulo Roberto Barbosa Ramos; Sérgio Urquhart de Cademartori. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-757-1

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

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

Teoria Constitucional I reuniu no XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Porto Alegre, de 15 a 16 de novembro de 2018, interessantes e inovadores artigos os quais abordam questões que dão conta do atual quadro da Teoria Constitucional não somente no contexto nacional como também internacional. Todos os artigos selecionados para integrar a coletânea contribuem para uma adequada reflexão a respeito papel que vem desempenhando o Supremo Tribunal Federal brasileiro, o qual, não raras vezes, tem exorbitado dos poderes a ele conferidos pelo próprio texto constitucional de 1988, colocando em risco, com esse comportamento, a sistemática de equilíbrio delicado que deve haver entre os chamados poderes da República. Por outro lado, há ainda artigos que abordam a questão da tributação e a necessidade de uma reengenharia desse sistema, de modo que o Estado brasileiro tenha sintonia com determinadas transformações ocorridas no sistema tributário não somente no âmbito global, por meio da atuação de agências internacionais de controle, como também em outros países considerados mais desenvolvidos, inclusive pela adoção de sistemas tributários mais equitativos. Não se pode deixar de registrar que integram também a coletânea artigos que trazem experiências passadas, a exemplo da atuação da Suprema Corte americana, a qual, em larga medida, contribuiu para o desenvolvimento da nação considerada ainda a mais poderosa do planeta: EUA, como recentes, como é o caso da elaboração da constituição de cubana. Por fim, há leituras que apontam para contribuições esquecidas pela doutrina tradicional do constitucionalismo, considerando as experiências de autonomia e liberdade dos negros.

Somente a leitura dos textos dará conta da qualidade das pesquisas desenvolvidas.

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos – UFMA

Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori - UNILASALLE

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.

**CONSTITUCIONALISMO TRANSNACIONAL E
TRANSCONSTITUCIONALISMO: PRESSUPOSTOS TEÓRICOS PARA
OBSERVAR A CONSTITUIÇÃO NA GLOBALIZAÇÃO**

**TRANSNATIONAL CONSTITUTIONALISM AND TRANSCONSTITUTIONALISM:
THEORETICAL PERSPECTIVES TO OBSERVE THE CONSTITUTION IN THE
GLOBALIZATION PROCESS**

**Bernardo Leandro Carvalho Costa
Leonel Severo Rocha**

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar no âmbito teórico as dimensões transnacional e transconstitucional do constitucionalismo. Por meio da metodologia fundada na sociologia sistêmica de Niklas Luhmann, buscar-se-á demonstrar as propostas teóricas de Chris Thornhill e Marcelo Neves para a observação do Direito Constitucional na globalização. Em considerações finais, será evidenciada imprescindibilidade dos estudos apresentados ao longo do artigo, centrados na Sociologia das Constituições, para o enfrentamento de problemas atuais de natureza global.

Palavras-chave: Constitucionalismo transnacional, Transconstitucionalismo, Sociologia das constituições, Sociologia sistêmica, Globalização

Abstract/Resumen/Résumé

This article has as an objective shows the theoretical constructions of transnational and transconstitutional dimensions of constitutionalism. Through Niklas Luhmann's systemic theory, shows the theoretical proposes of Chris Thornhill and Marcelo Neves to observe Constitutional Law in the globalization process. In conclusion, demonstrates how necessary are these studies in Sociology of Constitutions to solve the current problems with global nature.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Transnational constitutionalism, Transconstitutionalism, Sociology of constitutions, Systemic sociology, Globalization

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende demonstrar no âmbito teórico as dimensões transnacional e transconstitucional do constitucionalismo. Inicialmente, far-se-á uma abordagem histórica do constitucionalismo, demonstrando a prominência do reconhecimento de documentos escritos e únicos como constituições que estabelecem a aplicação do poder do Estado dentro de determinado território. Após, demonstrar-se-á como essa concepção de constitucionalismo, centrada nas constituições formais, influencia as considerações doutrinárias de Direito Constitucional até os dias atuais.

Na sequência, será descrito o modo como o fenômeno da globalização atingiu diversos pressupostos dessa concepção de constitucionalismo, principalmente no que tange aos elementos tradicionais da clássica Teoria Constitucional.

O problema evidenciado nesse contraste entre o constitucionalismo tradicional e a globalização é a limitação dos conceitos de território e soberania para o enfrentamento de questões constitucionais de natureza global atualmente. Parte-se, portanto, da problemática de que a maioria da doutrina em Direito Constitucional vincula a Constituição a ideia de um documento único que regula as relações de poder dentro de determinado território.

Busca-se, a partir dessa constatação, chegar às atuais concepções em Teoria Constitucional adaptadas ao fenômeno da globalização, com destaque para a Sociologia das Constituições.

Como um dos temas centrais, destacar-se-á a transição entre as matrizes epistemológicas que influenciaram o constitucionalismo tradicional, vinculado às constituições como documentos únicos, e a Sociologia das Constituições. Nesse ponto será evidenciada a influência da matriz analítica, com forte influência no pensamento de Kelsen, nas considerações acerca do Direito Constitucional ao longo do século XX.

Em contraposição, outro tema central será a sustentação da matriz pragmático-sistêmica (ROCHA 2005), cujo maior nome é Luhmann (2016), como uma possibilidade de atualização das leituras normativistas sobre o Constitucionalismo, adaptando-o aos efeitos da globalização.

O objetivo, após as construções teóricas acima mencionadas, será demonstrar o fenômeno do Constitucionalismo em dimensão Transnacional, com as variações das perspectivas de Chis Thornhill (2016) acerca das Constituições Transnacionais e de Marcelo

Neves (2013) sobre o Transconstitucionalismo, consideradas abordagens adequadas do constitucionalismo na globalização.

Justifica-se a presente análise como maneira de comprovar a necessidade do constitucionalismo de natureza transnacional em casos atuais e comuns ao longo da sociedade mundial. Por um lado, evidencia a insuficiência de categorias tradicionais do Direito Constitucional, como a de território.

As abordagens teóricas serão realizadas por meio da metodologia sistêmica, com os pressupostos da sociologia de Luhmann (2016), seguindo-se da técnica de pesquisa de documentação indireta, envolvendo revisão de bibliografia nacional e estrangeira.

Em aportes finais, buscar-se-á demonstrar como a construção teórica feita em torno da transição entre as matrizes epistemológicas do Direito e a necessidade de uma Sociologia das Constituições, em que o Constitucionalismo Transnacional e o Transconstitucionalismo são imprescindíveis para o enfrentamento de problemas na globalização, servindo como complementos, em semântica histórica, às concepções tradicionais do constitucionalismo.

2 O CONSTITUCIONALISMO: PERSPECTIVA CLÁSSICA DE OBSERVAÇÃO

As primeiras concepções sobre o constitucionalismo o atrelavam fortemente à presença de um documento único (Constituição) vinculado ao território de determinado Estado. Os eventos revolucionários de Estados Unidos e França, com destaque ao último contribuíram sobremaneira para essa circunstância, na medida em que escritos constitucionais marcaram as datas históricas das revoluções.

Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão declara expressamente que “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição (artigo 16).” (DECLARAÇÃO, 2018). Há de se observar, portanto, que as análises de Direito Constitucional, nessa leitura, dependem da verificação da presença da separação de poderes e da garantia de direitos no interior de um documento único, concebido como Constituição.

O pensamento francês, de forte tradição nessa área, passou a seguir linha semelhante em escritos sobre o constitucionalismo. Destaca-se o relevante trabalho do clássico Carré de Malberg (1948). Para o autor, o Direito Público é “[...] o direito aplicável a todas as relações humanas ou sociais nas quais o Estado esteja em jogo.” (MALBERG, 1948, p. 14). (tradução nossa). No interior do Direito Público está o Direito Constitucional, que se caracteriza como

“[...] a parte do direito público que trata das regras ou instituições cujo conjunto forma em cada meio estatal a Constituição do Estado [...]”. (MALBERG, 1948, p. 14). (tradução nossa).

Na linha de Malberg (1948), que sintetiza muito bem o pensamento francês na área, o Direito Constitucional é imprescindível para regular a utilização do poder do Estado dentro de determinado território. O aspecto geográfico é de suma relevância para o autor, portanto:

[...] uma comunidade não é apta a formar um Estado se não possui um solo, uma superfície de terra sobre a qual pode afirmar-se como dona de si mesma e independente, é dizer, sobre a qual possa, ao mesmo tempo, impor seu próprio poder e rechaçar a intervenção de poderes alheios. (tradução nossa). (MALBERG, 1948, p. 23)

Ao longo do século XX, importantes autores dedicaram-se ao Direito Constitucional, com destaque para Kelsen cuja Teoria Pura do Direito (2009) e as concepções acerca da Jurisdição Constitucional (2003) influenciaram fortemente os estudos até hoje realizados na área. Paralelamente, Carl Schmitt (1983), com sua relevante discussão com Kelsen, pode também ser considerado como um dos fundadores da Teoria Constitucional.

Ponto comum entre esses autores, apesar da forte discussão acerca do controle jurisdicional, seja por uma corte (KELSEN, 2003) ou pelo guardião personificado (SCHMITT, 1983), é a vinculação do Direito Constitucional a determinado território, na sequência do que Malberg (1948) afirmava, em consonância com um dos mais importantes documentos revolucionários (DECLARAÇÃO, 2018).

Kelsen evolui seus estudos em relação à Teoria Pura do Direito (KELSEN, 2009) para conceber a importância do Direito Internacional no cenário que passava a ser observado ao longo do século XX. Todavia, fortes autocríticas abalam sua construção, na medida em que a única sanção –ponto importante de sua estática jurídica- seria a guerra. Dentro de sua teoria há um retorno, portanto, para a concepção clássica de constitucionalismo, atrelado a determinado Estado nacional.

Essas considerações costumam estarem presentes em estudos posteriores sobre o Direito Constitucional. Inicialmente, destaca-se a concepção de Bobbio (1987, p. 101)

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.

Observa-se, nesse exemplo, a forte vinculação a um documento único que regula o exercício do poder, na linha de Carré de Malberg (1948), ao mesmo tempo em que as influências de Kelsen (2009), um dos mestres de Bobbio, também aparecem na definição.

Em sentido semelhante, Canotilho (2003, p. 51-52), uma das maiores expressões em Direito Constitucional, assim define a Constituição:

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.

A presença de um documento escrito que estabelece os limites do exercício do poder do Estado, em linha também próxima a de Carré de Malberg (1948), da qual Kelsen (2009) e Bobbio (1987) também seguiram é visível na definição de Canotilho (2003).

Há de se observar, portanto, que há uma sequência de pressupostos nos autores sobre o Direito Constitucional. Trata-se de uma linha que carrega influência dos eventos revolucionários na história do constitucionalismo, com destaque para a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cuja grande expressão é evidenciada no pensamento de Carré de Malberg (1948).

Em termos teóricos, pode-se afirmar que essa linha de estudos observa o Direito – e o Direito Constitucional por consequência- como autossuficiente, podendo-se resolver os problemas constitucionais a partir da análise de documentos escritos (Constituições), que apresentariam as soluções aos casos colocados à análise. Em Kelsen (2009), o papel do jurista, seguindo essa linha, seria o de elaborar as proposições jurídicas, como verdades obtidas mediante a oposição entre ser e dever ser. Essa corrente epistemológica Leonel Severo Rocha (2005) denomina de matriz analítica.

Ocorre que essa linha de pensamento passa a apresentar insuficiências na medida em que o fenômeno da globalização é intensificado no final do século XX, relativizando a noção de território tão destacada por essa corrente. A partir dessa problemática, uma transição epistemológica é necessária no Direito –e também no Direito Constitucional- para o enfrentamento de novos problemas, de natureza global, que passam a se apresentar. Referida transição parte da matriz analítica, acima esboçada, e chega até a matriz pragmático-sistêmica,

resultando nos recentes estudos em Sociologia das Constituições, como se demonstrará a seguir.

3 O CONSTITUCIONALISMO NA GLOBALIZAÇÃO

No final do século XX, a queda do Muro de Berlim intensificou o processo da globalização, com destaque para a esfera econômica. A partir da intensificação desse fenômeno, diversas áreas de conhecimento passaram a observar a disseminação de seus objetos de estudos para além das fronteiras dos Estados nacionais.

Em se tratando de Direito, a circulação de normas ao redor do mundo passou a ser um fato observado por diversos pesquisadores, formando um grupo de estudos dedicados ao que se passou a denominar de pluralismo jurídico. A disseminação de normas ao longo da sociedade global, objeto de estudos desses pesquisadores, passou a contrapor uma série de pressupostos anteriores no âmbito do Direito. Na seara constitucional, a noção de território, destaque nas construções teóricas apontadas no capítulo anterior, foi fortemente relativizada.

A concepção tradicional de Direito Constitucional carregava fortemente as influências do Tratado de Westfalia, que em 1648 estabeleceu as bases da política moderna, ao reconhecer como soberanos diferentes Estados nacionais. Soberania e território, como demonstrado no capítulo anterior, são conceitos explorados ao longo da Teoria Constitucional.

Sobre esse campo de estudos, importantes autores se debruçaram. Com influência na sociologia de Bourdieu (2000), Dezalay e Trubek (1996, p. 38) destacam a penetração de fontes de caráter internacional nos campos jurídicos nacionais:

Os campos jurídicos nacionais têm, de uma maneira ou de outra, sido sempre “penetrados” por influências extranacionais, e estruturas subnacionais de ordem privada ou pública que introduzem formas complexas de pluralismo jurídico que devem ser incorporadas em qualquer definição do campo [...] (DEZALAY; TRUBEK, 1996, p. 38).

Nesse ponto já se deslumbra o modo como o conceito de território vai sendo relativizado na globalização. Paralelamente, a observação de novos espaços de jurisdição, a exemplo do papel de revisão da União Europeia sobre seus Estados membros, demonstra outro fenômeno de adaptação do Direito Constitucional, perspectiva que Berman (2012, p.1202, tradução nossa) adota para o seu trabalho:

A ideia é propor um balanço entre a diferença entre cortes nacionais e legisladores por um lado e manter a “supervisão europeia” com poderes para a Corte Europeia de Direitos Humanos para dar a decisão final na medida em que verifica a compatibilidade de referidas decisões com a Convenção Europeia de Direitos Humanos

Essas alterações acabam dificultando a própria definição do que se concebe por Direito, na medida em que diversos fenômenos paralelos ao Estado nacional passam a surgir. Isso retoma, como afirma Tamanaha (2008, p. 384), algumas das características do pluralismo jurídico existente entre os séculos XII e XIII, que culminaram com a redescoberta dos trabalhos de Aristóteles e do Código de Justiniano, formando as primeiras concepções acerca do Direito Público. Na mesma senda, ainda destacam-se as manifestações de Direito para além do âmbito estatal, dificultando mais ainda a definição do jurídico:

Direito é um “conceito popular”, ou seja, Direito é o que as pessoas e grupos sociais consideram como „direito“. Isso pode ser formulado em termos de uma categoria científica singular ao longo do tempo e em diferentes lugares pessoas observam o Direito de diferentes formas. O Direito Estatal é correntemente o paradigma exemplificativo de Direito, mas, em várias épocas e lugares diversos, incluindo hoje, pessoas consideram como Direito: Direito Internacional; Direito Costumeiro; versões de Direito Religioso; *lex mercatoria*, *ius commune*; direito natural, entre outros. (TAMANAHA, 2008, p.396, tradução nossa).

Com caracterização semelhante Teubner (2016) elabora sua constatação acerca do ambiente de fragmentação constitucional atual, retomando alguns conceitos do Direito Vivo de Ehrlich (1962).

Cabe, nesse ambiente de diversas concepções, delimitar um ponto específico de observação. No intuito de delimitar o processo de transnacionalização do Direito, Shaffer (2012, p.4) o define como

[...] uma construção transnacional e um fluxo de normas legais, com ênfase na produção transnacional de normas legais e formas institucionais em suas peculiaridades, com migração para além das fronteiras dos estados nacionais, independentemente se as atividades para as quais se destinam sejam de caráter transnacional ou meramente nacionais.

Trata-se de constatação de natureza empírica, na medida em que observa o fluxo de normas entre países aplicados em casos práticos. Um dos maiores exemplos mencionados por Shaffer (2012) é acerca da influência transnacional na apuração dos delitos de lavagem de dinheiro no Brasil e na Argentina. É questão que supera a tradicional concepção do constitucionalismo, na medida em que ultrapassa as fronteiras soberanas dos Estados

nacionais, necessitando de um arcabouço teórico que abarque essa perspectiva, a exemplo da Sociologia das Constituições, que será objeto do próximo tópico.

4 A SOCIOLOGIA DAS CONSTITUIÇÕES

Conforme demonstrado acima, substancialmente alguns dos pressupostos do constitucionalismo foram alterados pelo fenômeno da globalização, com destaque para alguns de seus elementos essenciais, como território e soberania. Percebendo essas questões, importantes autores do Direito Constitucional adaptaram suas concepções teóricas.

Em Portugal, Canotilho (2008) passou a observar os diálogos constitucionais entre a União Europeia e seus Estados membros a partir de um fenômeno que denominou de “interconstitucionalidade”, diferenciando-se sobremaneira de estudos anteriores sobre a Constituição dirigente (CANOTILHO, 1982). Nos Estados Unidos, por sua vez, os estudos de Bruce Ackermann (2007) passaram a defender a observação dos influxos da globalização sobre o Direito Constitucional, afastando-se de uma concepção provincialista de constitucionalismo, característica norte-americana.

Na Teoria dos Sistemas Sociais (LUHMANN, 2016) a sociedade é caracterizada pela comunicação. Nessa perspectiva, concebe-se a sociedade mundial como alcançabilidade do mundo da comunicação, abarcando todas as possibilidades de comunicação existentes no mundo. A partir disso, há de se concluir que a divisão geográfica não é relevante em um primeiro momento de afirmação.

Em uma semântica histórica, houve um momento em que a sociedade passou a ser funcionalmente diferenciada por meio de diferentes sistemas sociais, cada qual caracterizado por um tipo de comunicação específica. Para o Direito, passou a importar a comunicação jurídica, selecionada por meio do código binário direito/ não direito. Para a Economia, o lucro passou a ser o ponto de observação, caracterizado pelo código binário lucro/ não lucro e dotado de um meio de comunicação simbolicamente generalizado: o dinheiro. Para a Política, o código binário governo/oposição caracteriza a aplicação do poder de vincular coletivamente a sociedade por meio de suas decisões.

Esse momento histórico é intensificado no final do século XVIII, na fase mais forte da Revolução Industrial, com a forte evolução do capitalismo. Em relação à Política, cuja organização principal é o Estado, formas de estrutura que o antecedem podem ser observadas muito tempo atrás, inclusive com conexão direta em relação ao Sistema do Direito.

Conforme afirma Thornhill (2011), por volta do final do século XII e início do século XIII, essas formas de organização política que precederam o Estado moderno passaram a tentarem centralizar o núcleo de tomada de decisões em um ambiente caracterizado pelo pluralismo do feudalismo. Como estratégia para legitimar suas decisões, as justificavam por meio da invocação de princípios do Direito Romano. Isso caracterizou o precedente da imprescindibilidade de um fundamento jurídico nas decisões políticas, construindo a estrutura do Direito Público moderno.

O entrelaçamento entre o Sistema da Política e o Sistema do Direito, caracterizado pela necessidade de justificar juridicamente as decisões políticas é o que caracteriza a Constituição em seu sentido sociológico. Há de se observar, portanto, que em Sociologia das Constituições pouco importa a presença de um documento único, escrito, como concebem os clássicos do constitucionalismo. A vinculação entre o político e o jurídico independe dessa forma.

As importantes contribuições de autores renomados em Direito Constitucional que passaram a observar a globalização e seus efeitos no fenômeno jurídico são de extrema relevância. A disseminação do constitucionalismo para além das fronteiras dos Estados nacionais, além dessas alterações, impulsionou um novo ramo de estudos cujo pressuposto teórico é a matriz pragmático-sistêmica do Direito (ROCHA, 2005). Partindo da sociologia sistêmica de Luhmann (2016), que tem como concepção a ideia de sociedade mundial, a Sociologia das Constituições se mostra como um referencial teórico adequado para a observação dos atuais problemas de Direito Constitucional.

Mesmo que se levando em conta a concepção de sociedade mundial exposta acima, os sistemas formados na sociedade mundial mantêm estruturas de organização dentro de diferentes Estados nacionais. O Sistema do Direito com os diferentes tribunais de vários países, o Sistema da Economia com diferentes moedas, o Sistema da Política com os poderes de diferentes Estados.

Alguns desses sistemas, todavia, disseminaram-se facilmente com o fenômeno da globalização. Como maiores exemplos podem ser citados os sistemas da Economia e da Religião. A Economia atual é uma economia mundial, com dinheiro de fácil conversão e com estruturas de nível global, a exemplo da Organização Mundial do Comércio (OMC) e o Banco Mundial. O Sistema da Religião, por sua vez, facilmente dissemina seus métodos de procedimento ao redor do mundo, mantendo a fé como pressuposto de comunicação.

Outros sistemas, porém, não possuem a mesma facilidade nessa disseminação. Como exemplos, é importante mencionar os sistemas do Direito e da Política. O Sistema do Direito

possui seus pressupostos atrelados às estruturas dos tribunais internos de cada um dos países envolvidos, com aplicação de legislação majoritariamente elaborada nas fronteiras dos Estados nacionais. O Sistema da Política, de modo semelhante, decide de modo que as decisões coletivamente vinculantes ainda permaneçam vinculadas a determinado território.

Como afirma Teubner:

[...] enquanto a política apenas atingiu, na forma das “relações internacionais”, um estado de “proto-globalidade”- quer dizer, não muito mais do que relações intersistêmicas entre unidades nacionais com elementos transnacionais relativamente fracos-, outros subsistemas sociais já começaram a formar uma autêntica sociedade mundial, ou melhor, uma quantidade fragmentada de sistemas mundiais distintos. A razão decisiva dessa produção jurídica longe da política reside no fato “de que o acoplamento estrutural do sistema político e do sistema jurídico por meio de constituições não conta com uma instância correspondente no plano da sociedade mundial.” (TEUBNER, 2003, p.13)

Em oposição a isso, como demonstrado acima, cada vez mais as questões colocadas a decisão possuem natureza global, pouco importando as decisões tomadas dentro de determinado território. Constatando-se essa problemática é que a Sociologia das Constituições, com destaque para o Constitucionalismo Transnacional e o Transconstitucionalismo, propõe novas observações acerca dessas questões, conforme será demonstrado no próximo item.

5 AS DIMENSÕES TRANSNACIONAL E TRANSCONSTITUCIONAL DO CONSTITUCIONALISMO

Na Teoria dos Sistemas Sociais, a Constituição representa um acoplamento estrutural, uma ponte que conecta os sistemas do Direito e da Política. Assim, cada decisão oriunda do Sistema da Política, por meio de sua organização (Estado) prescinde de uma fundamentação jurídica. Nesse ponto de observação, da Constituição como essa conexão, é que a Sociologia das Constituições de enquadra:

Na perspectiva aqui apontada, a Constituição possui as seguintes características: é uma ordem legal impactando no exercício do poder político que: (a) contém o estabelecimento de uma presunção efetiva de Direito Público de acordo com princípios ou convenções consideradas Direito, que (a) não podem (sem discussão pública prévia) serem suspensos; (b) pode compelir ou restringir notoriamente a utilização do poder em funções públicas ou privadas; (c) atribui poderes no interior do Estado e abrange alguma forma de representação popular considerada importante politicamente para todos os setores da sociedade; e (d) expressa uma distinção legal

entre o Estado e pessoas que assumem temporariamente papéis políticos para o cumprimento de funções estatais. (THORNHILL, 2016, p. 10-11). (tradução nossa).

Na seara da Sociologia das Constituições, Chris Thornhill (2016) demonstra o modo como os tribunais de diferentes níveis utilizam cada vez mais legislação de caráter extranacional em decisões de problemas de natureza global. Nesse ponto, ramifica uma abordagem mais delimitada acerca do Constitucionalismo Transnacional.

Parte-se da abordagem teórica da Sociologia das Constituições, observando, a exemplo da perspectiva acima mencionada, os diferentes níveis de aplicação do Direito. Independe, nesse caso, de uma Constituição escrita e única. A ideia de Constituição é observada a partir da relação intersistêmica.

Nesse caso, observa-se a natureza global dos problemas atuais em Direito Constitucional e sociologicamente se descreve como os tribunais de diferentes níveis conduzem suas soluções. Essa problemática também impulsionou o relevante trabalho de Marcelo Neves (2013) acerca do que denominou de Transconstitucionalismo, partindo de um diálogo entre tribunais para a solução dos problemas comuns.

Neves (2013, p. 31), com influência na sociologia sistêmica destaca a dificuldade que decisões proferidas no cenário do Direito Internacional possuem de serem executadas no plano dos Estados nacionais. Em linha de Teoria dos Sistemas Sociais, pode-se afirmar que se trata da dificuldade que o Sistema da Política possui para vincular coletivamente os membros dos diferentes Estados. Isso também ocorre nas decisões proferidas por tribunais que não estão situados no interior dos Estados nacionais. Retomando autores clássicos do Direito, pode-se afirmar que a sanção está ausente no Direito Internacional, como afirmava Kelsen (2003).

Por outro lado, há questões que possuem pouca efetividade se resolvidas tão somente no interior de determinado Estado, a exemplo das políticas de segurança, do combate ao terrorismo, dos direitos humanos, direito ambiental e atualmente a lavagem de dinheiro. Trata-se de problemas globalizados lançados em um ambiente jurídico ainda de adaptação em relação a esses casos.

Na solução desses problemas, partindo da perspectiva de sociedade mundial presente na Teoria dos Sistemas Sociais, é que o entrelaçamento entre ordens jurídicas se faz necessário, formando o que Neves (2013, p. 34) denomina de Transconstitucionalismo:

Antes, o que tem ocorrido é um entrelaçamento de ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais no âmbito de um sistema jurídico mundial de

níveis múltiplos, a partir do qual se tem desenvolvido o transconstitucionalismo da sociedade mundial.

Antes da propositura de qualquer construção dogmática, a exemplo das modernas Constituições escritas, destaca-se a utilização de fontes normativas já existentes a nível internacional, como os tratados e convenções sobre direitos humanos, principalmente no âmbito da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) o direito econômico internacional, destacando-se a Organização Mundial do Comércio (OMC), a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. (NEVES, 2013, p. 90-98).

A partir da consideração de legislação e decisões de outras ordens jurídicas formam-se pontes de transição, majoritariamente impulsionadas por juízes e tribunais. A título de exemplo, podem-se afirmar possíveis conversações entre o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e os tribunais de seus Estados-membros, entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e as cortes nacionais. (NEVES, 2013, p. 117). Nesse movimento é que a conversação constitucional é impulsionada. Assim se faz o Transconstitucionalismo:

Na construção da norma jurídica e da norma de decisão, cada uma das ordens envolvidas pode considerar como dimensão do seu âmbito normativo elementos do âmbito material relevante originalmente para outra ordem, como também incorporar como dimensão do seu programa normativo partes do programa normativo de outras ordens. [...] Ou seja, partindo simultaneamente dos textos normativos e dos casos comuns, podem ser construídas normas diversas tendo em vista os possíveis processos de concretização que se desenvolverão na ordem colidente ou parceira. (NEVES, 2013, p.127)

Por diversas vezes, determinado tribunal incorpora as normas jurídicas de outra ordem. Há casos também em que as razões de decidir, os sentidos de interpretação, são extraídas de outro ambiente normativo, possibilitando essa construção transversal. Em suma, na proposta do transconstitucionalismo, foge-se da tradicional estrutura hierárquica, tão destacadas por Kelsen (2015), na medida em que os diálogos ocorrem em diversos níveis na busca da solução aos problemas de natureza global.

Esse diálogo constitucional acaba por sustentar a construção de sistemas Político e Jurídico de natureza global. Na medida em que tribunais de diferentes Estados internalizam normas de natureza internacional, do mesmo modo em que respondem a problemas globais de modo semelhante, garantem a efetividade dessas decisões, uma vez que possuem a possibilidade de execução dentro do território em que estão situados.

Isso facilita inclusive a uniformização no tratamento de casos semelhantes e de natureza global por diferentes países, independentemente da formação de um tribunal específico ou

da construção de eventual constituição escrita. Garante, em termos práticos, a sanção tão destacada por Kelsen (2013) em sua obra.

Em termos de Sociologia das Constituições, Thornhill (2016) descreve esse processo como a construção de Constituições Transnacionais. A partir desse movimento, várias concepções tradicionais da Teoria Constitucional têm sido alteradas, com ênfase para a noção de poder constituinte. Atualmente, os tribunais têm exercido a função de internalizar legislação e decisões de outros níveis, cumprindo uma atividade propriamente constituinte e construindo sociologicamente o que concebe por Constituições Transnacionais:

1- [...] atualmente as sociedades nacionais cada vez mais constroem suas estruturas de inclusão por meio de diferentes processos de formação normativa, localizadas, ambas, entre os territórios nacional e 'extra-nacional'." 2- [...] a sociedade global como um todo, entre instituições nacionais e processos políticos, também está desenvolvendo uma constituição transnacional.¹ (tradução nossa).

Tal fenômeno evidencia o modo como a existência de problemas comuns na ordem global, como destacado por Neves (2013) impulsiona a atividade dos tribunais de diferentes níveis para a construção de respostas que atentem às peculiaridades do caso. Em perspectiva sociológica, pode-se observar a construção das Constituições Transnacionais.

As perspectivas transnacional e transconstitucional do constitucionalismo demonstram como o Direito Constitucional necessariamente precisa se desvincular da estrita observação de caráter territorial que sua perspectiva clássica evidencia. A matriz teoria analítica (ROCHA, 2005), que imagina o Direito como um sistema fechado de conceitos, estruturado no interior de determinado Estado de modo hierárquico, com a Constituição no topo do ordenamento, não é mais suficiente para descrever e solucionar os problemas colocados pela globalização. Em contraposição, fazem-se necessárias observações sociológico-sistêmicas do Direito (ROCHA, 2005), e do constitucionalismo por consequência, partindo-se da concepção de sociedade global e do diálogo necessário entre sistemas do Direito e da Política de diferentes níveis.

Nesse diapasão, as Constituições Transnacionais (THORNHILL, 2016) e o Transconstitucionalismo (NEVES, 2013) são imprescindíveis teoricamente para a realização dessa abertura cognitiva, apresentando concepções teóricas aptas para uma evolução do constitucionalismo, partindo-se para o patamar de um Direito Constitucional adaptado ao

¹ No original: "1- [...] national societies now increasingly construct their inclusionary structure through many different processes of norm formation, often located between the national and the extra-national domain. 2- [...] global society as a whole, beyond national institutions and political processes, is also developing a distinct transnational constitution." (THORNHILL, , 2016. p. 8)

cenário da globalização. Ao mesmo passo, apresentam-se como arcabouços teóricos fundamentais para o enfrentamento de atuais problemas na globalização, evidenciam o modo como o Direito Constitucional não pode mais partir de uma concepção vinculada estritamente aos elementos território e soberania.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu no primeiro item deste trabalho, há uma concepção tradicional de constitucionalismo, influenciada diretamente pelos eventos revolucionários de França e Estados Unidos, que conecta o controle das relações de poder a um documento único, a Constituição. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão influenciou fortemente essa concepção, na medida em que estabeleceu que “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição (artigo 16).” (DECLARAÇÃO, 2018).

A partir dessa concepção, a verificação da existência de uma Constituição passou a ser vinculada a um documento único que prevesse a garantia de direitos e a separação dos poderes. Na França, em linhas doutrinárias, o clássico Carré de Malberg sustentou linha teórica que vai ao encontro dessa concepção, afirmando que no âmbito do Direito Público há o Direito Constitucional, considerado como “[...] a parte do direito público que trata das regras ou instituições cujo conjunto forma em cada meio estatal a Constituição do Estado [...]”. (MALBERG, 1948, p. 14). (tradução nossa).

Tal perspectiva alinha-se diretamente à concepção de que há elementos que compõem a Constituição do Estado. Entre esses a soberania e o território são imprescindíveis. Na mesma linha, importantes autores do século XX elaboraram suas considerações acerca do constitucionalismo, a exemplo de Bobbio (1987) e Canotilho (2003), não se desvinculando dos elementos tradicionais do Estado descritos por Carré de Malberg (1948).

Em tom semelhante, o grande embate travado entre Kelsen (2003) e Schmitt (1983) partiu, igualmente, de dois autores que não se desvincularam dos elementos soberania e território. Os autores discutiram tão somente no que tange à figura de quem seria o guardião da Constituição nos limites territoriais de cada Estado soberano.

Ainda que Kelsen (2003) tenha considerações sobre o Direito Internacional, com várias críticas no que tange à sanção, observa-se o modo como o Direito Constitucional é majoritariamente conectado ao que Carré de Malberg (1948) denominou de elementos constitutivos do Estado, imprescindíveis de consideração pela Constituição do Estado. Tal

perspectiva de observação é vinculada à matriz analítica de observação do Direito Constitucional (ROCHA, 2005).

O problema presente nessa concepção foi evidenciado no segundo item deste trabalho, demonstrando o modo como a queda do Muro de Berlim no final do século XX impulsionou o processo de globalização econômica ao redor do mundo. Como consequência, outras esferas do social passaram a ser globalizadas de maneira semelhante. Isso não foi diferente com o Direito.

No Direito Constitucional, a circulação de normas ao redor do mundo passou a colocar em cheque as concepções tradicionais acerca do constitucionalismo. Os elementos constitutivos do Estado destacados por Carré de Malberg (1948), principalmente território e soberania foram colocados à prova, na medida em que os problemas constitucionais passaram a possuir natureza global.

A concepção de soberania territorial expressada no Tratado de Westfália (1648) passou a ser dissolvida. Dezalay e Trubek (1996) demonstram empiricamente como as normas de Direito, a partir da intensificação da globalização, circulam ao longo do globo, relativizando a afirmação de que cada Estado é soberano para a elaboração de suas próprias leis. Berman (2012), por sua vez, descreve o grande exemplo da União Europeia como revisora de seus países-membros, dissolvendo, aos poucos, a clássica soberania territorial de cada um deles.

De modo empírico, Tamanaha (2008) compara esse novo cenário da Teoria Constitucional ao pluralismo jurídico existente ao longo dos séculos XII e XIII na Europa. Na globalização, segundo o autor, normas que circulam ao longo do globo concorrem com as leis elaboradas no interior de cada país, muitas vezes sobrepondo-se a elas. Além disso, atenta-se ao fato de que a maioria das leis de cada Estado são influenciadas por normas elaboradas no cenário internacional.

Tentando constatar essa problemática, Teubner (2008) retoma pressupostos do Direito Vivo de Ehrlich (1962) para descrever o processo de formação de uma *Bukowina Global*, caracterizada pela formação autônoma de Direito em outras esferas sociais. Trata-se, em síntese, de um processo de transnacionalização do Direito, como afirma Shaffer (2012).

O problema constatado ao longo desse segundo item foi a insuficiência das caracterizações clássicas do Direito Constitucional apresentadas na primeira parte do texto, principalmente pela relativização dos elementos constitutivos do Estado, território e soberania, em parte dissolvidos no contexto da globalização, em que as questões constitucionais passam a ter natureza global.

Como resposta ao problema, apresentou-se o novo ramo de estudos denominado de Sociologia das Constituições (THORNHILL, 2011), perfeitamente adaptado aos pressupostos da globalização. Inicialmente, demonstrou-se o modo como autores tradicionais do Direito Constitucional do século XX adaptaram duas concepções de constitucionalismo. Em Portugal, Canotilho (2008) passou a adotar o conceito de interconstitucionalidade para observar as relações de Direito Constitucional entre diferentes países na União Europeia. Nos Estados Unidos, Bruce Ackermann (2007) afastou-se de uma visão provincialista do constitucionalismo, propondo uma abertura às concepções da globalização.

De modo mais intenso, a Sociologia das Constituições (THORNHILL, 2001) evidencia o modo como as relações entre Direito e Política estão conectadas muito antes da existência de documentos únicos e escritos. Ao menos desde o final do século XII e início do século XIII, as decisões políticas necessitam de um fundamento jurídico, que não necessariamente precisa estar formalizado em um documento único.

A Constituição, portanto, parte dessa conexão entre a necessidade de existir uma fundamentação jurídica em cada decisão política tomada pelo Estado. Isso forma o que Luhmann (2016) denomina de acoplamento estrutural. A Constituição é o acoplamento estrutural entre os sistemas da Política e do Direito. Evidenciou-se, portanto, como a matriz pragmático-sistêmica da teoria jurídica contemporânea (ROCHA, 2005) é necessária para a transição de perspectivas no Direito Constitucional.

O objetivo do presente trabalho foi concretizado no último item, apresentado as dimensões Transnacional e Transconstitucional do constitucionalismo a partir das concepções de Thornhill (2016) e Neves (2013) sobre o tema. Thornhill (2016) evidencia o modo como os tribunais de diferentes níveis utilizam legislação de natureza extranacional, não produzida no país em que estão situados, para a decisão em casos de natureza global. Isso altera substancialmente as clássicas concepções acerca do poder constituinte, em parte exercido pelos tribunais atualmente.

Como se viu, a constatação de que na globalização existem problemas comuns a diferentes países, problemas de natureza global, impulsionaram a construção teórica do Transconstitucionalismo por Neves (2013). Casos envolvendo terrorismo, direitos humanos, direito ambiental, lavagem de dinheiro, entre outros, interessam a diversos países simultaneamente, além de serem problemas que pouca efetividade possuem se decididos de modo diverso no interior de cada Estado. São problemas desconectados aos tradicionais elementos constitutivos do Estado, soberania e território, descritos por Carré de Malberg (1948).

Conclui-se que, frente às insuficiências do Direito Constitucional clássico para a percepção das novas questões que a globalização coloca à prova, o Constitucionalismo Transnacional (THORNHILL, 2016) e o Transconstitucionalismo (NEVES, 2013) são propostas que, no âmbito da Sociologia das Constituições (THORNHILL, 2011) estão aptas ao enfrentamento dos problemas atuais do constitucionalismo. Os problemas de natureza global podem ser enfrentados pela menção de normas de caráter extranacional por tribunais de diferentes níveis (THORNHILL, 2016), bem como pela conversação constitucional articulada para a decisão de problemas comuns (NEVES, 2013). Tratam-se, portanto, as dimensões Transnacional e Transconstitucional do constitucionalismo de etapas imprescindíveis da evolução do Direito Constitucional.

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, p. 89-111.

BECK, Ulrich. **The Cosmopolitan Condition: Why Methodological Nationalism**. In. *Theory, Culture e Society*, 24, pp. 286-290. 2007.

BERMAN, Paul Schiff. **Global Legal Pluralism**. A Jurisprudence of Law Beyond Borders. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

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

BOURDIEU, Pierre. **O campo econômico: a dimensão simbólica da dominação**. Campinas: Papyrus, 2000.

COVER, Robert. Nomos and Narrative, **Harvard Law Review**, n.97, v.5, pp. 4-68. 1983-1984.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**. Disponível em: < [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de)

apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2018.

EHRlich, E. **Fundamental Principles of the Sociology of Law**. New York: Russel e Russel. 1962.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

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

_____. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

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

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

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

SCHAFFER, Gregory. Transnational Legal Process and State Change: Opportunities and Constraint. **Law e Social Inquiry**, v.37, I.2, pages 229-264, Spring, 2012.

SCHERUERMANN, William. Franz L. Neumann: Legal Theorist of Globalization?. In: **Frankfurt School Perspectives on Globalization, Democracy and the Law**. London: Routledge, 2008.

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

TAMANAH, Brian Z. Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global. **Sydney Law Review**, pp. 375-411. 2008.

TEUBNER, Gunther. “**Global Bukowina**: Legal Pluralism in the World-Society”, in. TEUBNER, Gunther (ed). *Global Law Without a State*. London: Dartsmouth, 2008.

_____. **A Bukowina Global** sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional. *Impulso. Revista de Ciências Sociais e Humanas*. V. 14, pp. 9-32, 2003.

_____. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

_____. *A sociology of Transnational Constitutions: social foundations of the post-national legal structure*. London: Cambrigde, 2016.