

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM  
HELDER CÂMARA**

**DIREITO INTERNACIONAL**

**FABRICIO BERTINI PASQUOT POLIDO**

**FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO**

**NADIA DE ARAUJO**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

D598

Direito internacional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Fabricio Bertini Pasquot Polido, Florisbal de Souza Del Olmo, Nadia de Araujo – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-099-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito internacional .  
I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 :  
Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC  
/DOM HELDER CÂMARA  
DIREITO INTERNACIONAL**

---

## **Apresentação**

A presente obra digital oferece à comunidade brasileira os estudos coligidos e apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Internacional do XXIV Congresso do CONPEDI: Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade, realizado entre os dias 11 e 14 e novembro de 2015, na cidade de Belo Horizonte, Minas Gerais.

Em princípio, em mais essa importante edição do evento, chegamos ao consenso sobre a tarefa de adequadamente sistematizar as áreas e especialidades do Direito Internacional, segundo os perfis dos trabalhos submetidos. A ideia da Coordenação foi especificamente a de buscar maior coesão e espaço para discussão, entre todos participantes, das questões emergentes e controvertidas da agenda de pesquisa do Direito Internacional. Seguindo essa lógica, também logramos alcançar uma organização equitativa do tempo de apresentação dos artigos pelos autores, de modo a contemplar comentários de todos os presentes.

Com esse espírito em mente, durante o ensolarado dia de 12 de novembro de 2015, e acolhidos pela tradicional Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, a "Casa de Afonso Pena", e Escola de renomados internacionalistas brasileiros, como Gerson de Mello Brito Boson, Amílcar de Castro, José Sette Câmara Filho, Arthur Diniz, Francisco Rezek, Antônio Augusto Cançado Trindade - acadêmicos e pesquisadores ofereceram suas impressões sobre os temas desenvolvidos, seguindo uma dinâmica de agrupamento em torno de grandes áreas do Direito Internacional. Essa metodologia de organização dos trabalhos permitiu agregar maior valor intelectual ao para a mesa de debates, com o que a Coordenação se permitiu exercer um papel de moderação crítica e responsiva às impressões compartilhadas pelos autores. A principal vantagem nesse modelo, a nosso ver, é a de primar para que todos tenham a oportunidade de serem ouvidos, mesmo com o exíguo tempo para as apresentações.

A primeira parte concentrou-se em temas de confluência entre Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado e Direito Internacional Econômico, considerada a necessidade, cada vez maior, de uma abordagem integrada entre as especialidades, sobretudo pelas incontestáveis interações entre elas existentes. Em tempos de revisão de marcos teóricos e de metodologias na rica agenda de pesquisa jusinternacionalista, não faz sentido insistirmos em análises estanques e desconectadas da realidade, dentro de uma perspectiva ainda fundada em

reflexões dogmático-formalistas. Na sequência, foram discutidos os trabalhos apresentados com temáticas afins ao Direito da Integração, Direito Internacional do Meio Ambiente e Direito Internacional Penal.

Inicialmente, os trabalhos de Direito Internacional Privado foram divididos em três blocos: os relativos à nacionalidade, à situação dos estrangeiros e contextos migratórios, e aos contratos internacionais. No trabalho *A Construção da Soberania Estatal e o Reconhecimento da Nacionalidade: Uma Análise sobre a Problemática da Extradicação*, Newton de Menezes Albuquerque e Adriana Rossas Bertolini analisam as bases do conceito de soberania e suas transformações como contraponto para questões controversas envolvendo extradicação, tendo como estudo de caso a dupla nacionalidade na ordem internacional. Os casos Salvatore Cacciola e Henrique Pizzolato, são tomados como exemplo para ilustrar problemas envolvendo o conflito entre soberanias estatais, proteção de direitos fundamentais de nacionalidade e da obrigação de cooperação judicial internacional. Alexandre Ferreira Alves e Raphael Fonseca Rocha oferecem interessantes aportes sobre as relações entre Direito Internacional Privado e Direito Internacional Econômico, em seu artigo *Nacionalidade da Sociedade e Lei Aplicável*. Os autores propõem uma revisão dos principais aspectos do conceito de nacionalidade para pessoa jurídica, além dos critérios adotados pelos Estados para atribuição de nacionalidade a determinada sociedade empresária e problemas de escolha de lei aplicável às relações jurídicas envolvendo sociedades no caso Brasileiro. Florisbal de Souza Del Olmo, em seu artigo *A Imigração como Meio de Atração de Investimentos Diretos por Pessoa Física: Análise Comparada entre as Políticas Brasileira, Norte-Americana e Portuguesa*, discute os principais aspectos relativos aos crescentes incentivos de políticas de imigração como forma de atração de investimentos externos diretos por pessoas físicas, recorrendo aos modelos atualmente aplicados pelo Brasil, Estados Unidos e Portugal. Ainda em temas gerais recorrentes sobre a nacionalidade, Thayrine Canteli discute em seu artigo *Fundamentos do Direito Internacional: A Escola Italiana e o Princípio da Nacionalidade de Pasquale Stanislao Mancini* as bases históricas do pensamento jusinternacionalista em Mancini, e a contextualização política em que o jurista italiano elaborou sua teoria e um fundamento para o Direito Internacional.

Caminhando em torno de questões relativas ao Direito Internacional Privado, contratos internacionais e autonomia da vontade, Gilberto Kalil e Tiago Freire Dos Santos exploram as nuances da escolha de lei aplicável aos contratos internacionais e as controvérsias impostas pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A atualidade da discussão encontra justificativa na posição assumida pelos negócios internacionais em ambientes de globalização econômica e desenvolvimento dos mercados integrados. Na sequência, o artigo *A Atual Conjuntura de Cooperação Internacional no Combate à Lavagem de Capitais*, de autoria de

Thiago Giovani Romero, analisa a atualíssima vertente da cooperação jurídica internacional no tratamento das questões em torno da lavagem de capitais e sua relevância no combate à criminalidade transnacional. Em especial, destacam-se as interações entre Direito Internacional Econômico, Direito Internacional Privado e Direito Processual Internacional como centrais para a compreensão dos problemas da mundialização e intenso fluxo de pessoas, bens e serviços. Alebe Linhares Mesquita e Jana Brito Silva contribuem para a discussão sobre os Acordos de Capital de Basileia como instrumentos de soft law a assegurar estabilidade financeira internacional, e de que modo eles se encontram no regime mais amplo da Governança Global dos sistemas financeiros. Em mercados intensamente interconectados, alternativas de regulação via instrumentos normativos não-vinculantes podem servir como respostas às demandas de segurança, estabilidade e previsibilidade nos sistemas financeiros.

Temas do Direito da Integração, em particular Direito do Mercosul e da União Europeia, são revisitados em diversos trabalhos, com a pertinente discussão sobre a remodelação do conceito de soberania, compartilhamento e processos de integração; contextos de assimetria e disparidades do desenvolvimento dos blocos regionais e seus contornos normativos; as inconsistências da orientação jurisprudencial em ordenamentos comunitários vis-a-vis mecanismos fragmentários de solução de controvérsias; as vertentes do transconstitucionalismo e a integração e a redefinição conceitual e contextual de fronteiras. Entre esses trabalhos, destacam-se os artigos A Flexibilização do Conceito de Soberania nos Estados Modernos em Face dos Processos de Integração, de Jacyara Farias Souza e Jônica Aragão; A Problemática das Assimetrias e os Processos de Integração Regional: Uma Comparação entre o Caso Europeu e o Sul-Americano, de Claudomiro Batista de Oliveira Jr; Direito da União Europeia: outra perspectiva, de Luiz Felipe Brandão Osório; O Sistema de Solução de Controvérsias no Mercosul: as Consequências da Cláusula de Eleição de Foro do Protocolo de Olivos, de Diego Guimarães de Oliveira, Nivaldo Dos Santos; O Transconstitucionalismo da União Europeia Implica na Superação do Constitucionalismo Tradicional de seus Estados-Membros?, de Ana Cristina Melo de Pontes Botelho; e (Re) Definição de Fronteira(s) e Cidades Gêmeas: Brasil e Uruguai, de Marcia Andrea Bühring.

Problemas teóricos e questões emergentes na agenda de pesquisa do Direito Internacional Público foram também trazidos à discussão no Grupo de Trabalho, com apresentações que abordaram uma variedade de temas, passando por perfis de uma análise crítica do Direito Internacional, das bases jusfilosóficas, da intersecção com as Relações Internacionais e Ciência Política, até a revisão de marcos teóricos em torno do Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional, segurança internacional, cooperação internacional e solução de controvérsias. Em torno dessas linhas expressam os capítulos Entre as Imunidades e a Responsabilidade das Organizações Internacionais: Possíveis Contornos para

uma Efetiva Reparação, de Tatiana Rodrigues Cardoso; Isolamento Outcasting- como Mecanismo de Aplicação do Direito Internacional, de Lucas Sávio Oliveira e Vinicius Machado Calixto; O Direito Internacional como Ferramenta para a Paz Mundial: Uma Leitura do pensamento de Hans Kelsen, de José Albenes Bezerra Júnior, Ulisses Silvério dos Reis; A Legitimidade Da Responsabilidade De Proteger R2p - Como Norma Soft Law Na Segurança Coletiva, de Flávia Carneiro Soares e Catarina Woyames Pinto; Poderes e atuações do Secretariado e do Secretário-Geral da ONU nas implicações conceituais e na efetividade da teoria Responsibility to Protect, de Flávia de Ávila; O Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares e o Desafio Imposto pelo seu Direito de Retirada: Um Estudo Do Problemático Caso Norte-Coreano, de Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Mariana Zonari; A Organização do Tratado do Atlântico Norte e os obstáculos para a cooperação com as Nações Unidas, de Rodrigo Ruggio e Marília Álvares Da Silva; Seleção adversa e Intervenção Humanitária: Mitigação de efeitos indesejáveis, de Leonel Mendes Lisboa; e a Influência dos Organismos Internacionais no Ensino Superior, de Anderson da Costa Nascimento e Cristiana Santana Nascimento; Da Barbárie da II Guerra Mundial ao Devido Processo Legal no Julgamento de Nuremberg, de José Guilherme Viana e Waleska Cariola Viana; e Tribunal Penal Internacional: Uma Análise sobre sua Evolução e sua Competência para Julgar o Crime de Terrorismo, de Susana Camargo Vieira e Ana Maria de Andrade.

O Direito Internacional do Meio Ambiente também contou com trabalhos atuais sobre questões envolvendo as transformação dos modelos de regulação da proteção dos bens naturais e do meio ambiente, passando pela revisão dos conceitos de desenvolvimento sustentável e dos marcos de formulação dos princípios da disciplina, além de enfoques sobre e emergência das responsabilidades no sistema internacional do meio ambiente e mecanismos de solução de controvérsias, em particular pelo papel desempenhado por organizações regionais. Nesse sentido, seguiram as contribuições proporcionadas pelos artigos As organizações não-governamentais de proteção ao meio ambiente: a influência sobre o direito internacional e sobre a efetividade da proteção ambiental, de Luiza Diamantino Moura; Transformações Históricas do Conceito de "Desenvolvimento Sustentável" no Direito Internacional, de Pedro Ivo Ribeiro Diniz; O Caso das Fábricas de Celulose no Rio Uruguai: Análise sob o Prisma do Direito Ambiental Internacional, de Rogerio Portanova e Thaís Dalla Corte; Direito Internacional de Águas: A Importância dos Marcos Instrumentais na Formação dos Princípios, de Jefferson De Quadros e Adriana Almeida Lima; A Legitimidade Ativa em Matéria Ambiental para o acesso aos Tribunais Europeus; de Tatiane Cardozo Lima; Normatividade Jurídica na Relação Causal Escassez Hídrica-Cooperação: A Lógica que Nega a Hipótese de Conflitos Violentos, de Douglas de Castro.

Ao introduzirmos o presente volume, estamos convencidos de que a metodologia adotada para a condução dos excelentes debates do Grupo de Trabalho de Direito Internacional do XXIV Congresso do CONPEDI foi decisiva para recriar ambiente de maior engajamento entre os participantes. O instigante universo do Direito Internacional se amplia em suas bases metodológicas, críticas e bem particulares ao pensamento brasileiro. Nessa ordem, deixamos nossos estímulos e quiçá um sopro de persistência - para que as futuras edições do CONPEDI se recordem da importância do encontro de Belo Horizonte. E que o Direito Internacional possa servir de constante inspiração para um mundo em que o Direito e a Política exerçam uma função indutora de proteção da pessoa em situação de vulnerabilidade na ordem internacional e concebam a sustentabilidade como premissa inafastável.

Nadia de Araujo (Direito PUC Rio)

Florisbal de Souza Del Olmo (URI-Santo Ângelo)

Fabício Bertini Pasquot Polido (Direito UFMG)

Coordenadores

# **O TRANSCONSTITUCIONALISMO DA UNIÃO EUROPEIA IMPLICA NA SUPERAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO TRADICIONAL DE SEUS ESTADOS-MEMBROS?**

## **THE TRANSCONSTITUTIONALISM OF EUROPEAN UNION COULD OVERCOMING THE TRADITIONAL CONSTITUTIONALISM ITS MEMBERS STATES?**

**Ana Cristina Melo de Pontes Botelho**

### **Resumo**

Para buscar responder se o transconstitucionalismo da União Europeia implica na superação do constitucionalismo tradicional dos seus estados, o artigo examina elementos que são essenciais para entender o processo de constitucionalização da União Europeia. A partir de estudos doutrinários, conclui-se que surgiu no processo de integração europeu, ao menos em termos materiais, uma constituição de feição transnacional. Na prática o que ocorre é que os Estados-Membros da União Europeia continuam tendo suas próprias constituições, mas essas, definitivamente, não são mais as mesmas. Continuam a exercer, no entanto, importância singular no controle do exercício do poder e na garantia da prevalência de uma sociedade livre e democrática.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo, Transconstitucionalismo, Constitucionalismo tradicional, União europeia, Integração europeia, Princípio da primazia

### **Abstract/Resumen/Résumé**

To seek the answer if the transconstitucionalism the European Union implies the overcoming of traditional constitutionalism of their states, this article examines elements that are essential to understand the process of constitutionalization of the European Union. From doctrinal studies, the conclusion is that emerged in the European integration process, at least in material terms, a transnational character constitution. In practice, what happens is that the Member States of the European Union continue to have their own constitutions, but these are definitely not the same. The constitutions continues to exercise, however, singular importance in controlling the exercise of power and ensuring the prevalence of free and democratic societies.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Constitutionalism, Transconstitucionalism, Traditional constitutionalism, European union, European integration, Principle of primacy



## Introdução

O mais poderoso motivo para a unificação europeia, após duas grandes guerras mundiais, foi a necessidade de estabelecer uma paz duradoura. Deste modo, a política europeia do pós-guerra significava, num primeiro momento, promover a paz. O sucesso alcançado, nesse particular, é facilmente perceptível, haja vista a inexistência de guerras entre os Estados-Membros da União Europeia e a consolidação da paz que já perdura por mais de 60 anos.

A cooperação econômica<sup>1</sup> entre os Estados também se fazia extremamente necessária. Surgiu uma comunidade econômica europeia onde os Estados nacionais cumprem um papel essencial para o pluralismo social. No âmbito estatal foi se desenvolvendo uma política de distribuição que buscava evitar o protecionismo e criar mercados interiores mais competitivos. Nesses termos, a cooperação econômica sempre caminhou na busca da livre circulação de mercadorias, serviços e capital e não poderia criar obstáculos às importações.

A chave do progresso político<sup>2</sup>, por sua vez, dependia da construção de uma comunidade política europeia. Esse, no entanto, é um tema tratado com cautelas. Tamanha precaução fez com que o Tratado Constitucional da União Europeia, que precisava da concordância unânime de todos os Estados-Membros para a aprovação, não fosse aprovado.

Tendo em vista que os problemas a serem enfrentados perpassavam o nível nacional (federalismo, jurisdição constitucional), a construção de uma nova realidade político-constitucional, tal como desejado, não foi alcançada.

O Tratado de Lisboa<sup>3</sup> veio justamente para contornar essa situação. Não mais se falou no termo “Constituição”, a expressão “ministro dos Negócios Estrangeiros da União” deu lugar a “alto-

---

<sup>1</sup> A ajuda americana que foi dada aos países europeus no pós-guerra, em forma financeira, para possibilitar a reconstrução, requereu como contrapartida o encaixe ao modelo capitalista americano.

<sup>2</sup> Diante da nova realidade política trazida pela União Europeia, o conceito de Soberania elaborado por Jean Bodin e Hugo Grotius é uma formulação teórica que tem, pode-se dizer, prazo de validade diante de um contexto comunitário como o da União Europeia. Hugo Grotius (1597-1645) marchou rumo à total secularização, tendo a seu crédito o fato de ter formulado pela primeira vez, ainda que cautelosamente, a "hipótese impiíssima" de prescindir do papel constituinte de Deus na formação de um direito do gênero humano; o qual, portanto, teria vigência 'etiamsi daremus Deum non esse'. Jean Bodin fixou, antes mesmo de Grotius, um conceito absoluto para a soberania. Formulou definição segundo a qual a soberania seria o poder absoluto e perpétuo de uma República. A principal inovação de Bodin situou-se em identificar o Estado soberano como sujeito e único titular do poder político. A definição de Estado é, assim, jurídico-política, e permite diferenciar o soberano do governo, distinguindo a fonte do poder do seu exercício material, algo como um protoparlamentarismo. A soberania, distanciada da responsabilização por atos de governo, concebe-se como o princípio de independência e onicompetência do Estado moderno.

<sup>3</sup> A União Europeia foi constituída por meio do Tratado de Maastricht, assinado em 7/2/1992. A definição adotada por este sobre a União Europeia foi de “uma nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa.” O novo modelo acarretou uma quebra das relações de poder tradicionais, diante das mudanças estabelecidas nas formas de representatividade e de regulação de uma sociedade mais abrangente. Com o Tratado de Amsterdã, firmado em 1997 (vigorou em 1/5/1999), foram lançadas as bases para que o bloco econômico adotasse uma

representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança”. Não mais se fez uso dos símbolos da União Europeia (bandeira, o hino ou o lema).

Com o advento do Tratado de Lisboa de 2007 (passou a valer em dezembro de 2009), o direito da União Europeia passou a ser marcado por três tratados<sup>4</sup>: Tratado da União Europeia (TUE); Tratado do Funcionamento da União Europeia (TFUE); Tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atômica.

A análise do teor do TUE e do TFUE leva ao entendimento de que as mudanças levadas a efeito tiveram natureza formal e não material, ou seja, mesmo sem a aprovação do Tratado Constitucional da União Europeia, os tratados mencionados no parágrafo retro são considerados por muitos autores como sendo uma verdadeira Constituição da União Europeia de feição transnacional. Nesses termos, o constitucionalismo criado ultrapassa as fronteiras dos Estados Nacionais.

O que se pretende estudar no presente artigo, dentro do contexto dos desafios postos à forma constitucional na contemporaneidade, é se esse transconstitucionalismo da União Europeia implica na superação do constitucionalismo tradicional dos seus Estados-Membros.

Para buscarmos responder a essa pergunta, traremos, em primeiro lugar, posicionamentos doutrinários de autores europeus que entendem que, de fato, existe uma Constituição da União

---

moeda única. Com isso, foi criado o “Euro” em 2002, que veio a substituir as moedas dos Estados-Membros da União Europeia. Em 2001, com o advento do Tratado de Nice (entrou em vigor em 1/2/2003), foram feitas reformas nas estruturas institucionais dos órgãos do bloco econômico, com o intuito de promover o aperfeiçoamento das instituições comunitárias, por meio das reformas que se fizessem necessárias. Em 18/7/2003, o Presidente da “Convenção sobre o futuro da Europa” entregou ao Presidente do Conselho Europeu o projeto de Tratado que estabelecia uma “Constituição” para a União Europeia, o chamado “Tratado Constitucional”. Após as eleições para o Parlamento Europeu em junho de 2004, foi assinado um documento tido por muitos como a Constituição Europeia (Bruxelas, 17 e 18 de julho de 2004). Ela deveria entrar em vigor com a ratificação de todos os países componentes da União Europeia. A finalidade precípua era promover o aprofundamento do processo de integração e das políticas comunitárias, formando a base para a formação de um verdadeiro Estado Europeu. O questionamento que surgiu foi sobre a natureza jurídica da assim denominada “Constituição Europeia”. Muitos entenderam que esta tinha natureza constitucional por estabelecer procedimentos de uniformização das políticas a serem adotadas no espaço europeu e por definir as divisões de competências entre a União Europeia e os próprios Estados-Membros. Atribuiu-se personalidade jurídica de Direito Internacional para a UE, o que fez com que esta fosse dotada de prerrogativas de sujeito de direito internacional público. A tentativa de estabelecimento de uma Constituição não obteve êxito, esbarrando no processo de ratificação. O Tratado Constitucional da União Europeia foi rejeitado na França e nos países baixos. O Tratado renovador ficou conhecido como Tratado de Lisboa, pois fez com que resurgisse a dita “Constituição Europeia”. Ele repetiu o conteúdo do tratado anterior, adotando as cautelas necessárias para que não fosse confundido com uma constituição formal. Foram retiradas palavras e partes que poderiam identifica-lo como uma Constituição formal (ministro, símbolos, hino etc.). Incorporou importantes cláusulas gerais, como: direitos biomédicos, direitos de liberdade, de igualdade, de solidariedade, de cidadania, de justiça, e eficácia do direito. Houve, então, a fusão da UE com a Comunidade Europeia. O termo Constituição não foi mais usado, mas o Tratado de Lisboa é tido por muitos estudiosos como uma verdadeira Carta Constitucional em sentido material, visto que inovou em várias áreas de integração, na medida em que adotou princípios comunitários a serem observados pelos Estados-Membros, os quais foram considerados condição *si ne qua non* para o ingresso dos Estados no Bloco Econômico.

<sup>4</sup> O Tratado da União Europeia (TUE) é considerado como uma espécie de Lei Fundamental ou Tratado Fundador, enquanto que o Tratado sobre o funcionamento da UE (TFUE) foi concebido como de execução. Ambos não possuem caráter constitucional formal. As terminologias utilizadas nos tratados refletem a intenção de descaracterizar a Constituição Europeia.

Europeia, mesmo que em termos tão somente materiais, a qual resulta da soma de normas e valores fundamentais vinculativos, dos textos dos tratados europeus, dos atos jurídicos aprovados pelas instituições da União e dos próprios usos e costumes consagrados.

Em segundo lugar, evidenciaremos que os conceitos de Constituição não são prontos, acabados e definitivos e que se modernizaram com o tempo, indo além das fronteiras nacionais. Trata-se dos novos paradigmas constitucionais.

Diante dos estudos empreendidos, buscaremos responder ao questionamento tema deste artigo, qual seja: se o transconstitucionalismo da União Europeia implica na superação do constitucionalismo tradicional dos seus estados?

### **Posicionamentos doutrinários importantes que confirmam a existência de uma Constituição Europeia de caráter transnacional, assim como a existência de uma ordem constitucional mundial cosmopolita**

Questionado sobre os processos de constitucionalização da União Europeia<sup>5</sup>, mesmo antes do Tratado de Lisboa, Peter Häberle (HÄBERLE, 2009, p. 79-109) lembra que o Tratado de Roma de 1957 já tinha sido qualificado pelo Tribunal Superior da União Europeia como Constituição da Comunidade Europeia, mesmo sem vislumbrar que num futuro fosse se formar a Comunidade Europeia. Nesse diapasão, ressalta, então, que o termo Constituição não está relacionado a Estado.

Lembra que os Tratados de Maastricht (1992) e Amsterdam (1997) nada dizem sobre o dever de um "Estado Europeu", no sentido comum da Teoria Geral do Estado, até chegar à constitucionalização da Europa.

O autor faz a necessária diferença entre direito europeu, primeiro no sentido estrito da União Europeia, segundo no sentido amplo do Conselho Europeu, ou da OSCE – Organization for Security and Cooperation in Europe. Ressalta que, enquanto o direito europeu em sentido amplo possui material escrito de partes de constituições, o processo de constitucionalização da União Europeia é muito mais hermético e fechado. Mesmo assim, assevera que os tratados internacionais de Maastricht e de Amsterdã permitem que se fale em comunidade constitucional da União Europeia.

Salienta que o artigo 6<sup>o</sup>, parágrafo 1<sup>o</sup> da, por ele chamada, Constituição da União Europeia, estabelece o princípio da liberdade, da democracia, do respeito aos direitos humanos e fundamentais,

---

<sup>5</sup> Entrevista concedida a Paolo Ridola em Roma no ano de 1999, por Peter Häberle, antes, portanto, do Tratado de Lisboa.

<sup>6</sup> Artigo 6<sup>o</sup> (ex-artigo 6<sup>o</sup> do TUE): 1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados. De forma alguma o

bem como o Estado de Direito. Adotam-se, outrossim, os princípios gerais das constituições dos Estados-Membros como princípios gerais da nova comunidade de direito.

Dessa maneira, o conteúdo essencial das constituições de todos os Estados, tais como liberdade, democracia, estado de direito, ficaram inseridos na denominada pelo autor como “Carta Magna da União Europeia”. Dá-se, assim, um processo de formação de uma comunidade com direitos fundamentais. A esses direitos podem ser agregadas as liberdades econômicas do mercado civil, como: liberalismo, livre tráfego de mercadorias, livre oferta de serviços e de capital. Houve, portanto, a composição de um catálogo de princípios fundamentais, ora escritos, ora não escritos.

O princípio democrático se materializa: no momento em que é permitido aos cidadãos o direito ao voto nas eleições; nas responsabilidades do Parlamento europeu; na constitucionalização dos partidos políticos europeus (todas essas aberturas democráticas, frisa o autor, estão previstas na Constituição da Comunidade Europeia). Nesses termos, vê-se não só uma abertura cultural e artística, mas também uma abertura política.

O autor põe em destaque o importante papel do Tribunal de Justiça da União Europeia, localizado em Luxemburgo, que é justamente o de possibilitar a adequada divisão de funções ou poderes na União Europeia. Sua função vai além da "conservação do direito", pois ele é, de fato, um autêntico Tribunal Constitucional por estar vinculado pelo direito da comunidade a que está ligado.

Peter Häberle enumera metas da União Europeia que devem ser consideradas metas do Estado: metas econômico-políticas, que dizem respeito à economia livre de mercado e à livre competição; metas de proteção e conservação do legado cultural comum; metas para reforçar os fundamentos científicos e tecnológicos da comunidade. Todas elas têm estreita correlação com o âmbito econômico.

Além disso, enfatiza que na Constituição da Comunidade Europeia há responsabilidade frente ao meio ambiente, responsabilidade esta bem presente nas constituições nacionais dos Estados, o que não implica em desconsideração das diferenças, mas o reforço de uma responsabilidade social amplíssima.

O autor entende que a União Europeia<sup>7</sup> não dispõe de nenhuma Constituição completa, visto que sua composição é feita a partir de pedaços de outras constituições. Sua função tradicional é a de

---

disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados. Os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da Carta que regem a sua interpretação e aplicação e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições.

<sup>7</sup> A UE nem sempre teve as dimensões atuais. Em 1951, ano em que se iniciou a cooperação econômica na Europa, apenas a Bélgica, a Alemanha, a França, o Luxemburgo e os Países Baixos participavam nesse projeto. Com o passar do tempo, o número de países interessados em fazer parte da UE foi aumentando. Com a adesão da Croácia em 1 de julho de 2013, a UE passou a ter 28 Estados-Membros.

limitar poderes, a qual é comum a todo o pensamento constitucional. Esta limitação ao poder pode ser vista na cláusula de garantia da homogeneidade pré-federal, de forma que um Estado não pode ocasionar danos aos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da Comunidade Europeia. Há, também, a limitação no tempo e no espaço das eleições parlamentares, o que possibilita o exercício temporal do poder democrático. O princípio da subsidiariedade é outro que tem a função de limitar o poder (art. 5º da Constituição Europeia), bem assim toda a regulamentação sobre a repartição de responsabilidades, o Tribunal da Comunidade Europeia, o Tribunal Auditor e as tarefas dos cidadãos.

A Constituição, então, ganha seu sentido final quando constitui e legitima o poder. Nessa perspectiva, desde o Parlamento até o Banco Europeu devem ser vistos como exercendo um poder que emana do povo.

Uma função da Constituição é também possibilitar a integração dos cidadãos e povos, sempre em observância à liberdade, democracia, direitos humanos, estado de direito, solidariedade entre os povos. Essas funções oferecem, na visão de Häberle, a possibilidade de identificação na Europa de um processo de unificação. Nessa linha, a consolidação dos direitos fundamentais dos Estados-membros mostra-se função típica da Carta Constitucional Europeia.

O autor, numa visão de cunho histórico, salienta que o direito constitucional comum europeu não tem sua origem nos recentes processos de desenvolvimento da comunidade Europeia, mas provém de um antigo legado de estruturas jurídicas que se cristalizam atualmente de maneira especial na Europa. Dois fatos são marcantes para o autor e reforçam seu entendimento acerca das longínquas datas do surgimento de um direito europeu: o descobrimento do direito romano em Bolonha, no ano de 1100, como também o renascimento artístico que ocorreu em Florença (a maneira original como se realizou a apropriação da antiguidade, deixou sua marca na Europa de nossos dias, de forma que os textos que fundamentam o direito dessa Europa são aqueles clássicos, desde Aristóteles a H. Jonas).

Jürgen Habermas (HABERMAS, 2012, p. 37-58), em sua obra “Sobre a Constituição da Europa”, ao mesmo tempo em que demonstra sua preocupação com a atual crise da Europa, coloca que a grande indagação que persiste é sobre o fato de ainda existir o projeto de uma União Europeia onde os vínculos políticos sejam cada vez mais estreitos.

Considera que há mais de uma resposta para a questão supramencionada. Salienta que do ponto de vista de uma constitucionalização do direito das gentes, Kant já apontava para um futuro estado jurídico cosmopolita. A interpretação mais nova dada a essa predição kantiana é, justamente, a existência da União Europeia, que pode ser tida como um passo importante no caminho de uma sociedade mundial constituída politicamente.

Rememora que as energias gastas pelos defensores de um projeto político europeu foram dissipadas no caminho do Tratado de Lisboa e que os conflitos giraram em torno da existência de uma constituição política. Em assim sendo, frisa que o debate contemporâneo baseia-se na busca imediatista de soluções para as crises dos bancos, da moeda e das dívidas dos Estados-Membros da União Europeia, o que acentuou a falta de interesse em relação à dimensão política da UE.

Para ele, o reducionismo dos problemas à perspectiva econômica, impede que se perceba a força civilizadora da juridificação democrática, sempre associada a um projeto de uma Constituição Europeia de natureza política.

Ao falar da relação que se estabeleceu entre o jurídico e o político ao longo dos séculos e que o acoplamento (LUHMANN, 1998, p. 58-97)<sup>8</sup> entre esses dois sistemas é tão antigo quanto a própria existência do Estado, relembra que o direito serviu para que a dominação política fosse exercida autoritariamente e que a juridificação desencadeou tanto uma força racionalizadora quanto uma força civilizadora, pois foi aos poucos dirimindo o caráter autoritário do poder estatal e transformando o estado de agregação do fenômeno político. Nesse sentido, para o autor “o ‘político’ é retirado da névoa do contraesclarecimento aurático e reconduzido ao núcleo de um poder de decisão e de formação juridificado democraticamente.”

Ressalta, pois, que após o malogro da Liga das Nações e desde o final da Segunda Guerra Mundial foi instituída, nas relações internacionais, uma juridificação que vai além da tentativa tímida de delimitar a soberania estatal. O processo civilizador, acelerado após a guerra fria, buscou, de forma mais imediata, a domesticação da violência interestatal, bem assim a pacificação dos Estados, e de forma mais mediática a cooperação entre os Estados e a construção de novas capacidades de ação no âmbito supranacional.

Na sua visão, só com o desenvolvimento das capacidades transnacionais de controle pode ser promovido o controle dos poderes sociais naturalizados que se formam no plano transnacional, ou

---

<sup>8</sup> A teoria luhmanniana, mostra como se relacionam o sistema jurídico, de onde emana o direito positivo, e o sistema político, de onde desponta a atividade política. É a diferenciação funcional que produz as condições para que ocorra um acoplamento estrutural entre diferentes sistemas funcionais, como o jurídico e o político. Instituições, como Constituição, contrato, propriedade, conforme já mencionadas, vão adquirindo formas que tornam possíveis acoplamentos estruturais entre sistemas sociais como o jurídico e o político.

Importa deixar assente, no entanto, que os acoplamentos estruturais não introduzem nunca normas do entorno no sistema do direito, provocando tão-somente irritações sistêmicas, ruídos, perturbações. Mesmo estando submetido, de maneira irrestrita, às pressões do entorno social, o sistema jurídico é incapaz de concentrar-se em determinadas perturbações. Sem os acoplamentos estruturais para estabelecer as relações dos subsistemas sociais, o direito, no sentido moderno do uso da palavra, permanece como algo corrompido, por não perceber a realidade do entorno (LUHMANN, 2002. p. 513).

seja, as coerções sistêmicas que transgridem as fronteiras nacionais, como, por exemplo, as coerções oriundas do setor bancário global<sup>9</sup>.

Recorda que a evolução do direito não se realizou até agora de forma pacífica ou linear, mas a partir das conquistas evolutivas da humanidade. Acentua, nessa linha, que os progressos na legalidade sempre foram os efeitos colaterais ocasionados pelas lutas de classes, pelas conquistas imperialistas e dos horrores coloniais, pelas guerras mundiais e crimes contra a humanidade, dentre outras questões.

Com referência à dimensão das mudanças constitucionais, ensina-nos que notáveis inovações acontecem a olhos vistos. Para ele duas inovações podem ser percebidas: transnacionalização da soberania popular, na forma de uma aliança democrática entre Estados Nacionais, os quais se subordinam a um direito estabelecido supranacionalmente; a totalidade dos cidadãos da União partilha o poder constituinte com um número limitado de “Estados Constituintes”, que receberam de seus cidadãos a incumbência para coatuar na fundação de uma comunidade de feição supranacional.

Vê que, nessa perspectiva, mesmo com a não adoção de uma Constituição Política para a União Europeia, não está bloqueado um caminho para uma Europa capaz de agir politicamente e ser democraticamente legitimada para tal. Considera que, com o Tratado de Lisboa, o caminho mais longo já foi trilhado, e que o papel civilizador da unificação europeia é cada vez mais importante quando se leva em consideração um cosmopolitismo de alcance mais amplo.

Ao se referir ao primado do direito supranacional em relação ao direito nacional dos Estados-Membros da União Europeia (Princípio da Primazia<sup>10</sup>), o autor volta a enfatizar os problemas causados pela não concretização do projeto político-constitucional outrora aventado para a União Europeia. Dessa maneira, entende que esta comunidade supranacional só se estabilizará no longo prazo se, sob a coerção de imperativos econômicos, der os passos para que se concretize uma coordenação política relevante no rumo de uma juridificação suficientemente democrática.

Para o autor o projeto político constitucional emperrou porque se ateu ao espectro conceitual entre federação e confederação. Entende, pois, que é importante descobrir quais são os déficits de legitimação que ainda incidem nas decisões europeias, sem deixar de reconhecer a qualidade democrática já adotada pela União Europeia com o Tratado de Lisboa.

---

<sup>9</sup> No caso das hipotecas dos Bancos da Espanha, o advogado conseguiu convencer o juiz, diante dos argumentos jurídicos baseados em princípios básicos adotados no âmbito do direito europeu. Nem todas as hipotecas estavam afetadas, mas só aquelas que estavam baseadas em cláusulas abusivas. O impulso da solução adotada pelo tribunal de justiça fez o poder legislativo espanhol agir no sentido de modificar a legislação e dar maior proteção aos consumidores.

<sup>10</sup> Em caso de conflito, o direito comunitário tem primazia sobre as normas internas dos Estados-Membros da União Europeia. A primazia não significa supremacia, simplesmente implica que se aplique, preferencialmente, a norma da União Europeia. A primazia do direito comunitário foi sendo reconhecida ao longo dos anos, e aplicada em casos de ocorrência, por exemplo, de contradição entre as normas internas e as normas da União Europeia.

Günther Teubner (TEUBNER, 2003, p. 9-31), de seu lado, numa visão bem abrangente, ressalta que, na modernidade, o Direito Constitucional tem ultrapassado as fronteiras<sup>11</sup> dos respectivos Estados-Nacionais e cada vez mais exerce papel relevante para ordens jurídicas mais abrangentes. O fato é que para ele é inegável a existência de uma ordem jurídica pós-nacional e cosmopolita. O próprio Kant já previa a globalização do direito em seu livro “A paz perpétua”. Ela é consequência de uma codificação da política internacional.

Ao tratar de um ordenamento jurídico mundial, ressalta que este repousa sobre a sociedade civil internacional. Em artigo denominado “A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional” traça três teses sobre o que ele denomina Direito Global, afirmando que: a teoria do pluralismo jurídico tem que se readequar às novas fontes do Direito; o Direito Global não é Direito Internacional e constitui um ordenamento jurídico distinto do Estado-Nação; a distância do Direito Global em relação à política nacional e ao Direito Internacional não significa a formação de um direito apolítico.

Com base nessas teses, o autor busca demonstrar que os próprios setores sociais produzem normas com autonomia relativa diante do Estado-Nação. Trata-se, então, de um ordenamento jurídico *sui generis*, onde o direito é acoplado a discursos sociais altamente especializados e politizados diante do novo modo de agir dos atores políticos globais.

Para Teubner, o significado de “Bukowina Global” de Eugen Ehrlich, ultrapassa, em muito, o mero direito do comércio (*lex mercatoria*). Nessa perspectiva global é a própria sociedade mundial que cria seu direito vivo, com uma distância relativa da política, ou mesmo em oposição a esta. Nesse contexto, há que existir uma preocupação com as condições de dominar as múltiplas forças centrífugas de uma sociedade civil de âmbito mundial.

---

<sup>11</sup> O professor Marcelo Neves, ao tratar de modelos de constituição supranacional, aborda o tema colocando que a emergência de ordens jurídicas internacionais é um fato incontestável que vem chamando a atenção de juristas, economistas, cientistas sociais ao longo dos anos.

A grande questão que emerge para a ciência jurídica tradicional é, na visão do autor, justamente saber até que ponto as novas ordens jurídicas, que prescindem os Estados e até prevalecem contra eles, podem colocar em xeque o princípio da soberania nacional, considerado a viga mestra do direito internacional público clássico.

O autor faz uma diferenciação entre ordens normativas transnacionais e supranacionais. Em relação ao termo transnacional, prefere utilizá-lo em sentido estrito, que aponta para ordens normativas privadas ou quase públicas que surgem e se desenvolvem no plano global de forma independente dos Estados e das fronteiras por ele formadas, bem assim das ordens construídas com base em um conjunto de Estados, ou seja, supranacionais e internacionais. O termo supranacional, por sua vez, é utilizado para se referir a ordens abrangentes na dimensão temporal, material e social, nas quais as normas e decisões, fundadas em tratados, vinculam tanto cidadãos, quanto os órgãos dos Estados-membros. É o caso da paradigmática União Europeia.

Tomando por base o termo supranacional, aponta o surgimento de um constitucionalismo supranacional no plano global. Destaca que, nessa linha, as construções teóricas são as mais diversas, pois vão desde modelos de Estado mundial, passam por concepções de política interna mundial, e chegam a caracterizar a Carta da ONU como uma constituição da comunidade internacional. (NEVES, 2009).



Traçando um comparativo com o posicionamento teórico de Ehrlich, Teubner destaca que ao falar de direito global, Bill Clinton, ex-Presidente dos Estados Unidos, enfatizou, que o ordenamento jurídico mundial deve se assentar na gestão política de um sistema de blocos regionais. O fato é que diante das discussões naturais e das divergências acerca de um Direito Mundial sem Estado, Teubner considera que é insuportável abandonar o sistema jurídico ao arbítrio de processos políticos regionais. Nessa linha, coloca que esse afastamento das tendências políticas regionais também ocorre na área do Direito Ambiental e de Esporte (*Lex sportiva internationalis*).

Após a análise comparativa, considera que a globalização depende das demandas próprias de uma multiplicidade de subsistemas sociais e que o capitalismo nunca permitiu que seus interesses fossem restringidos por fronteiras. Acentua que a história desautorizou Clinton, na medida em que a “Bukowina Global” de Eugen Ehrlich assume contornos mais nítidos diante do fato de que a globalização não é utopia, mas realidade cotidiana.

Repisa que os processos globalizadores fragmentados da sociedade civil têm relativa independência da política, que além de perder importância no cenário mundial, regrediu em relação a outras áreas parciais da sociedade. Assim, as teorias políticas seriam de pouca importância para a globalização do Direito.

Revela, então, que o Direito Global (não internacional), é um ordenamento jurídico *sui generis* que não pode ser avaliado segundo os critérios de aferição de sistemas jurídicos nacionais. Não o considera como um direito atrasado, mas reconhece que, no seu desenvolvimento, ainda apresenta déficits estruturais em comparação com o direito nacional.

Vê que esse ordenamento jurídico, já amplamente configurado nos dias atuais, distingue-se do direito tradicional dos Estados-Nações por determinadas características, que podem ser explicadas por processos de diferenciação no bojo da própria sociedade mundial. Frisa que se por um lado o Direito Global possui pouco respaldo político e institucional no plano mundial, por outro, ele está estreitamente acoplado a processos sociais e econômicos dos quais recebe os seus impulsos mais essenciais.

Assim, distingue as características essenciais do Direito Mundial e do Direito dos Estados-Nação. Em primeiro lugar trata de uma diferenciação interna, na qual o Direito Mundial diferencia-se internamente em “colégios invisíveis”, “mercados e ramos de negócios invisíveis”, “comunidades profissionais invisíveis”, “redes sociais invisíveis”, estendendo-se por cima de fronteiras territoriais, buscando a constituição de formas jurídicas autônomas, o que faz com que os conflitos passem a ser intersistêmicos ao invés de internacionais.

Em segundo lugar, vê que no processo de globalização os órgãos legislativos gerais perdem a sua importância à medida em que o Direito Mundial se forma por meio de acoplamento estrutural do Direito a processos globalizados de natureza especializada e tecnicizada.

Em terceiro lugar, com respeito à independência, salienta que o Direito desenvolveu em alguns Estados-Nações um grau relativamente elevado de isolamento institucional. Em relação ao ordenamento jurídico global entende que há uma dependência difusa, mas estreita da respectiva área social especializada. Esses efeitos colaterais geram uma espécie de corrupção e forte necessidade política de reformas no Direito.

A unidade do Direito no passado era um dos bens supremos, símbolo da identidade nacional e da justiça. Muito embora o universo jurídico ainda seja conceitualmente dominado pela ideia de Estado-Nação, a *lex mercatoria* veio para romper com a ideia de Estado e de Direito, pois reivindica validade entre os Estados e até além das relações internacionais.

Hauke Brunkhorst (BRUNKHORST, 2011, p. 7-38), em artigo denominado “Alguns Problemas Conceituais e Estruturais do Cosmopolitismo Global”, vê que os Estados-Nacionais foram aperfeiçoados por várias revoluções e acabaram por serem inseridos em uma ordem maior, qual seja: uma ordem mundial pós-nacional cosmopolita<sup>12</sup>.

Percebe, dessa forma, que a noção tradicional de soberania estatal não mais se reveste da importância que outrora lhe era atribuída, pois o mundo em que vivemos requer, por exemplo, que os Estados dividam o seu poder com o capital multinacional (drogas, ações, armas, eletrônicos, publicações).

Frisa que diante da curta duração dos Estados-Nacionais, o início do século XXI trouxe consigo uma sociedade mundial de pleno direito, composta por um sistema global de Estados, organizações mundiais, meios de comunicação de alcance global, mercados mundiais, políticas mundiais e problemas que afetam igualmente a todos, em todo o mundo.

Diante dessa linha de argumentação, defende enfaticamente que:

“Jamais houve um leviatã que sustentasse a paz jurídica, como na teoria pura de Hobbes. Tampouco um poder soberano pacificador internamente incontestado, nem um poder que não estivesse sob a lei e, sob alguns aspectos, já se tratava de um poder constitucionalizado apoiado numa certa separação

---

<sup>12</sup> Hauke Brunkhorst defende que o cosmopolitismo é um projeto antigo, mas não totalmente europeu. Para os filósofos estoicos gregos, por exemplo, o cosmos era uma polis, pois se tratava de uma ordem racional perfeita. Suas regras básicas eram: comunidade universal; regras procedimentais; direito subjetivo (ouvir e ser ouvido); leis básicas universais; princípios, métodos e garantias universais; princípios universais que não restrinjam o direito oficial público. Noutros termos, as ideias cosmopolitas datam da era axial, passam pelos filósofos gregos, pelos romanos, pelos cristãos, iluministas e se concretizam na sociedade dita pós-moderna.

de poderes. (...) Ademais, e isso conduz a uma das teses centrais deste artigo, não houve primeiro e originalmente um pluriuniverso de leviatãs e só então um problema de direito internacional de segunda ordem, como na visão construtivista da teoria contratual da formação do Estado, mas, ao contrário, desde o início do Estado moderno, ocorreu uma co-originalidade de uma ordem jurídica internacional ou cosmopolita (com alguns aspectos de estatalidade universal) e uma ordem jurídica de Estados particulares, tais como o próprio Estado nacional, que foi inventado primeiramente pela revolução inglesa.”

Em sendo assim, coloca que os problemas da sociedade mundial são percebidos por toda a humanidade e isso só é possível quando se está diante de uma sociedade que já é normativamente integrada. Para ele, essa nova ordem cosmopolita inclui: 1) uma permanentemente crescente juridicidade da sociedade mundial; 2) a emergência de algum tipo de hierarquia normativa, como é o caso da União Europeia; 3) o acoplamento estrutural dos sistemas jurídico e político mundiais.

Dessa maneira, na visão de Hauke Brunkhorst, a atual ordem cosmopolita já é uma ordem constitucional, marcada por fortes elementos de estatalidade em níveis pós-nacionais. Sua percepção é a de que organizações como a ONU, OIT, OEA, União Africana e União Europeia assumiram funções que anteriormente eram desempenhadas pelos governos locais. Essa ordem, no entanto, está longe de ser democrática, haja vista que ainda não é constitucionalizada plenamente.

Diante dessa nova ordem mundial o que deve existir, segundo o autor, é a cooperação e o estabelecimento de relações amistosas entre os Estados soberanos. O Estado não pode ser inserido num contexto de isolamento, pois está ligado a uma comunidade internacional como um todo. Tudo isso remete a uma incipiente cidadania mundial, mesmo considerando que ainda se está muito longe de um princípio de dupla legitimidade, como o que foi estabelecido pela União Europeia.

Ante os posicionamentos doutrinários aqui delineados de forma bem sintética, temos que considerar: o caráter vinculante e a possibilidade de aplicação imediata das normas postas pela União Europeia em relação aos Estados-Membros (arts. 288 a 289 do TFUE); que o princípio da autonomia do Direito Comunitário Europeu reforça o princípio da primazia sobre os ordenamentos jurídicos internos; que o processo de integração é assimétrico, com um nível de confederação para as decisões políticas e um nível de federação para as decisões jurídicas; que promover a união econômica é muito mais fácil que promover a união política, pela própria tradição cultural milenar a Europa e diante do fato de que os países componentes da UE já enfrentaram muitas guerras entre si; as novas formas de divisão de poder ocasionadas pela integração supranacional e pelas transformações produzidas no Direito Constitucional Nacional e no Direito Interno, não mais auto-suficientes, tendo em conta os

processos de integração e a própria globalização; que a União Europeia constitui uma entidade autônoma, dotada de direitos soberanos e de uma ordem jurídica independente dos Estados-Membros, que se impõe, quer aos Estados-Membros quer aos respectivos cidadãos nos domínios da competência da União Europeia (Princípio da Primazia); que as características da União Europeia deixam claros os seus pontos comuns e as suas diferenças em relação às organizações internacionais tradicionais e às estruturas de tipo federal e confederado; que a União Europeia não é uma estrutura acabada, mas antes um sistema em construção, cujos contornos finais não estão ainda definidos; que o Tratado de Lisboa tem o mesmo conteúdo do Tratado Constitucional e que houve apenas mudanças formais, mas não em termos materiais, sendo uma verdadeira carta constitucional em sentido material; que o Tratado da União Europeia e o Tratado de Funcionamento da União Europeia representam uma Constituição Europeia em sentido material, pelo conteúdo dos direitos fundamentais que albergam;

Diante das ponderações traçadas no parágrafo precedente, a conclusão que se chega é a de que o transconstitucionalismo da União Europeia é uma realidade vivenciada cotidianamente pelos cidadãos que a compõem, o que demonstra, claramente, os aspectos transnacionais e transnormativos dos direitos traçados no âmbito dessa União de Estados-Nação.

### **Os novos paradigmas constitucionais e os desafios gerados para a soberania dos Estados-Membros da União Europeia com o processo de integração**

Após a Segunda Guerra Mundial, o funcionamento político dos Estados Europeus baseava-se em suas próprias constituições e nas leis nacionais. Todavia, o colapso da Europa ocasionado pelas guerras, aliado ao seu declínio econômico e político, fizeram com que surgisse a necessidade premente de renovação do *status quo* e de cooperação (GOMES, 2002, p. 67-89) entre os países.

Diferentemente das associações tradicionais entre os Estados, normalmente de cunho econômico, os países que aderiram à nova união de países renunciaram parte da soberania<sup>13</sup> em favor

---

<sup>13</sup> Diante da nova realidade política trazida pela União Europeia, o conceito de Soberania elaborado por Jean Bodin e Hugo Grotius é uma formulação teórica que tem, pode-se dizer, prazo de validade diante de um contexto comunitário como o da União Europeia. Hugo Grotius (1597-1645) marchou rumo à total secularização, tendo a seu crédito o fato de ter formulado pela primeira vez, ainda que cautelosamente, a "hipótese impiíssima" de prescindir do papel constituinte de Deus na formação de um direito do gênero humano; o qual, portanto, teria vigência '*etiamsi daremus Deum non esse*'. Jean Bodin fixou, antes mesmo de Grócio, um conceito absoluto para a soberania. Formulou definição segundo a qual a soberania seria o poder absoluto e perpétuo de uma República. A principal inovação de Bodin situou-se em identificar o Estado soberano como sujeito e único titular do poder político. A definição de Estado é, assim, jurídico-política, e permite diferenciar o soberano do governo, distinguindo a fonte do poder do seu exercício material, algo como um protoparlamentarismo. A soberania, distanciada da responsabilização por atos de governo, concebe-se como o princípio de independência e onicompetência do Estado moderno.

da União Europeia, atribuindo-lhe poderes próprios e independentes dos Estados-Membros (BORCHARDT, 2013).

O complexo e intrincado sistema jurídico que surgiu com a formação da União Europeia ocasionou, na realidade, uma desconstituição do monopólio estatal do direito, fenômeno que trouxe consigo a formação de novas relações de poder, diante do estabelecimento de modernos conceitos de governança global, soberania e constituição.

A constitucionalização do modelo europeu apenas retratou a positivação da realidade constituída pela dinâmica das relações internacionais geradas pela formação da União Europeia.

Nesse cenário bastante peculiar criado pela profundidade da integração apresentada pela União Europeia, surgiram conflitos quando da divisão de competências supranacionais e nacionais, diante dos novos desafios não só para a supremacia dos Estados Nacionais, como também para a própria autoridade do Direito e das Constituições Nacionais.

Destarte, a relação de distribuição de poder entre os novos atores internacionais, bem como a limitação desses poderes, requer um novo mecanismo constitucional que termina por reestruturar as formas clássicas de participação política.

Diante desse novo constitucionalismo de feição transnacional, que não se pode prender às amarras conceituais outrora defendidas e que inaugurou um ordenamento jurídico dito comunitário, sempre vem à tona a questão da hierarquia das normas que coloca o Direito Constitucional como um conjunto de normas jurídicas que ocupam o topo de um ordenamento jurídico que serve como critério de validade e legitimidade das fontes do direito.

Essa concepção hierárquica do Direito Constitucional, todavia, é constantemente desafiada pelo processo de integração europeia, diante das peculiaridades advindas da relação entre o direito comunitário e os direitos nacionais, pois o polo de poder acaba sofrendo um deslocamento em relação à construção de um arcabouço normativo determinante para a conduta dos Estados e dos próprios indivíduos.

Num contexto comunitário como o da União Europeia, resta claro que a preocupação com a supremacia das constituições dos Estados Nacionais é algo que se pode considerar ultrapassado. A realidade fática da União Europeia vem transformando as constituições dos Estados-Membros e as rejuvenescendo, concedendo-lhes novos ares e concepções normativas mais modernas. O poder constituinte que remanesce não desampara a Constituição após a sua feitura, mas promove seu constante acompanhamento e as modificações que se façam necessárias. Esse poder dinamizador do sistema de garantias dispõe de múltiplas vias na concepção atual para se exercitar.

Essa dinâmica toma por base uma ética difusa que considera que o texto escrito coexiste com preceitos de consciência social, evidenciados pela competição existente entre os grupos componentes

da sociedade. Nessa acepção, a ideia de solidariedade e cooperação, difundida em nível global, passa a se sobrepôr sobre a imagem de Constituição como produto da soberania de um Estado.

Leonardo Boff (BOFF, 2000), em sua obra *Ethos mundial*, ensina-nos que todos os seres estão relacionados entre si e por isso são reciprocamente solidários. Saímos, certamente, de uma visão mais fechada e absoluta delineada por Kelsen em sua obra *Teoria Pura do Direito* e passamos para uma realidade mais aberta traçada por Friedrich Müller, em suas importantes considerações sobre o conceito de Constituição.

Friedrich Müller (MÜLLER, 2007, p. 125) ressalta que para Smend, Constituição é a normatização de aspectos individuais do processo no qual o Estado produz constantemente o seu processo vital, por isso ela não deve visar particularidades, mas "a totalidade do Estado e a totalidade do seu processo de integração".

Com referência à concretização da Constituição, indaga o que deve significar Constituição? Relaciona essa pergunta com o que se pode inferir de concretização. Nesse contexto, o que seria então constituição efetiva?

Ressalta que o conceito de Constituição não está definido e que não existe um único conceito. Sobre o tema, acentua o seguinte, *verbis*:

Nos países de língua alemã encontramos uma dúzia de conceitos de constituição: ao lado do formal, encontramos os materiais, ao lado do 'absoluto' o 'relativo', em Carl Schmitt ainda mais rigorosamente 'a constituição' contra 'a lei constitucional'; quer dizer, criações conceituais políticas versus criações conceituais jurídicas ou criações conceituais das ciências sociais versus criações conceituais da ciência do direito. Na política do dia a dia - quer dizer: não inteiramente sem segundas intenções - "a realidade constitucional" se vê sempre de novo assestada contra a "constituição" (aparentemente em nível hierárquico igual). As acepções de conteúdo oscilam, por exemplo, entre a constituição como "ordenamento jurídico básico do Estado", ordenamento jurídico do processo de integração pelo Estado, processo de atuação conjunta consciente, planejada e organizada, "projeção do comportamento orientada segundo a ideia do que é 'correto'", com função estabilizadora, ou ainda restrição e racionalização do poder e garantia de um processo de livre vida política.

Para o mesmo autor:

"A tradicional fissura do conceito de constituição é uma consequência da situação precária do paradigma superado do seu conceito inteiramente insuficiente da lei. Há mais de três décadas as investigações da teoria do direito pós-positivista mostraram que a normatividade não é nenhuma qualidade (estática, dada, substancial) de textos de norma. Ela é um processo baseado no trabalho comprometido com o Estado de Direito e a democracia."

Na realidade, o formalismo jurídico, com o segundo pós-guerra, ficou mais enfraquecido, o que fez com que as soluções normativas passassem a ser mais vinculadas à praxis e à realidade social. Com isso, a norma jurídica deixou de ser vista apenas como um texto linguístico, mas como um modelo caracterizado materialmente, de forma que a normatividade dos textos legais passou a ser entendida como um processo efetivo, temporalmente estendido e cientificamente estruturável, influenciando e sendo reciprocamente influenciada pela realidade social. Estamos, assim, diante de uma concepção material da norma jurídica, aí incluídos os textos constitucionais.

Müller coloca que nos Estados Constitucionais Modernos o ordenamento jurídico se ordena de forma mais específica, estruturando tanto a democracia quanto o estado de direito. Dentro dessa massa estrutural, a Constituição é alçada a nível supremo, assim como a sua concretização é relevante para a prática. Para o autor: "A explicitação inicialmente proposta do que se pretende dizer com "constituição" não foi, portanto, 'formal', não diz respeito à mera Lei Constitucional."

Francisco Balaguer Callejón (CALLEJÓN, 2010, p. 31)<sup>14</sup>, por sua vez, verifica que o Direito Constitucional se encaixa em ordens jurídicas supraestatais e seu desenvolvimento está em evolução constante, sendo um produto moderno do processo de diferenciação e especialização da política em relação à sociedade.

O que se vê, na prática, é que os Estados-Membros da União Europeia continuam tendo suas próprias constituições, mas essas, definitivamente, não são mais as mesmas. Aquele

---

<sup>14</sup> Entende Francisco Balaguer Callejón que: "*El Derecho constitucional se ha definido tradicionalmente en relación con el Estado, y fundamentalmente con el sometimiento del Estado al Derecho, con el control jurídico del poder estatal (así, en nuestra tratadística constitucional clásica, Santamaría de Paredes, A. Posada o N. Pérez Serrano). La historia del Derecho constitucional ha ido, ciertamente, unida a la del Estado, pese a que no sea posible establecer una equivalencia entre ambos términos, puesto que hay Estados que desconocen el Derecho Constitucional y Derecho Constitucional en espacios infra e supraestatales. Se trata, sin embargo, de un desarrollo que no ha terminado, sino que se mantiene en evolución constante. El Derecho constitucional es un producto moderno, la última fase del proceso de diferenciación y especialización de la política con respecto a la sociedad que se produce con la implantación del capitalismo. Sin embargo, en los últimos doscientos años, el derecho constitucional ha estado sometido a las tensiones que han marcado las transformaciones operadas en las sociedades europeas. Puesto que no hay una noción de Constitución válida para todo momento y lugar, el concepto que aquí podemos utilizar es el de Constitución normativa, fase última de esa evolución histórica que se corresponde con nuestro propio texto constitucional vigente.*"

constitucionalismo tradicional no qual a soberania estatal<sup>15</sup> era intocável, não mais prevalece, haja vista que as constituições tiveram que se adequar aos novos paradigmas trazidos pelo processo de integração europeu, entre eles a primazia<sup>16</sup> das normas transconstitucionais frente às normas de seus Estados-Membros.

Nessa linha, Neil Walker (WALKER, 2009, p. 291-308), da Universidade de Edinburgh, elaborou um artigo denominado “além da constituição holística”. O autor busca entender até que ponto devemos perceber a regulação transnacional em termos constitucionais. Ele toma como exemplo as situações práticas da União Europeia (UE) e da Organização Mundial do Comércio (OMC), nas quais as ordens normativas assumiram status constitucional transnacional. Para ele existem várias constituições transnacionais não holísticas, reais ou potenciais, como a da União Europeia e a da OMC, que são independentes dos Estados na medida em que sua elaboração envolve um corpo político distinto.

Este corpo político pode ser mais leve ou mais denso, dependendo da ordem legal constituída, da estrutura institucional e política, da autorização popular. A Constituição<sup>17</sup>, então, engloba a ideia de uma dimensão constitutiva e tem uma expressão abrangente, com coerência política interna e externa. Nesse cenário, não se pode desconsiderar a real existência de diversos atores sociais internacionais em esferas funcionais diferenciadas, como a regulação da internet, a regulação do esporte, setores que possuem suas próprias “constituições”. Ao contrário das formas holísticas de regulamentação, apresentadas como totalidades organizadas, essas áreas têm uma tendência de

---

<sup>15</sup> Sobre a territorialidade, a soberania e a posição dos estados diante de um novo constitucionalismo, Ulrich K. Preuss ressaltou o seguinte, *in litteris*: “*The concept of law is significant exemplar of the deep political and cultural impact which the territorial character of the state has had on the character of western societies. During the nineteenth and well into the twentieth century, particular social formations, cultural practices, and national identities developed within the security of the territorial borders and left deep cultural imprints on the European nation states. Arguably, the idea of constitutionalism has been one of the furthest-reaching corollaries of statehood; it mirrors the idea of ‘founding the order of society through the state.’*”

<sup>16</sup> Goza esse Direito Comunitário Europeu de “PRIMAZIA”, o que significa que tem supremacia em relação ao direito nacional dos Estados-membros da União Europeia. Construiu-se, a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (TJCE), o chamado “PRINCÍPIO DA PRIMAZIA”, segundo o qual há prevalência do Direito Comunitário frente às normas do ordenamento interno dos países membros da União Europeia que lhe sejam contrárias. O primeiro caso jurisprudencial que se tem registro sobre a aplicação do Princípio da Primazia do Direito da União Europeia é o histórico de *Van Gend en Loos* (1963). No caso *Costa c. Enel*, de 1964, o então Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (TJCE), hoje Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), definiu os elementos caracterizadores da interpretação em casos de conflitos de normas, dando relevo à Primazia. Outra decisão importante que trata do princípio da primazia é a relacionada ao caso *Simmenthal*, de 1978. O reconhecimento da primazia do direito comunitário foi um trabalho construído jurisprudencialmente, pois não constou dos tratados.

<sup>17</sup> Stephen Holmes acentua que o constitucionalismo emergiu só na idade das revoluções democráticas, durante as últimas três décadas do século XIX. O que exsurge é não só a possibilidade de organização da vida política, mas uma forma ideal de organização que subordina os que se incumbem da política para uma lei mais alta que eles são proibidos, em princípio, unilateralmente de mudar.



combinar formas muito estreitas de auto-regulação com diversas formas de regulação externa (HOLMES, 2012, p. 189-216).

Mesmo nesse ambiente de inquestionável transconstitucionalismo, seja numa esfera mais restrita como a da União Europeia, seja numa esfera mais global como a da sociedade mundial (representada no artigo pela Organização Mundial do Comércio), o autor sustenta a existência de boas razões normativas para continuar a usar a linguagem e a mentalidade do constitucionalismo tradicional nestes contextos.

Destaca que, hodiernamente, a tendência que se firma é a de um constitucionalismo não-holístico, diante da viabilidade da existência de outros possíveis mundos constitucionais. Lança, então, a seguinte indagação: quais são as alternativas e os novos candidatos para ocupar um novo status constitucional?

Observa que as tendências atuais são de formas decididamente não-holísticas do constitucionalismo, situação que vai de encontro aos posicionamentos assumidos pelos defensores do constitucionalismo do Estado. O método constitucional de Estado holístico está muito longe da realidade atual.

O autor percebe um novo desenvolvimento da regulamentação transnacional, seja na forma de estruturas híbridas, como a União europeia, seja nas formas mais radicais do constitucionalismo social, que é o resultado da disseminação acidental ou de disputas pelo poder desprovidas de qualquer justificativa pública. Há, cada vez mais, uma resposta crescente no que se refere à inadequação do modelo de estado holístico em face do surgimento de problemas de ação e coordenação coletivos que simplesmente não coincidem com as fronteiras políticas do Estado.

O novo mundo, mesmo sem desprezar a categoria familiar e profundamente enraizada do constitucionalismo estatal, não é o mesmo que o antigo. O novo constitucionalismo do Estado pode permanecer holístico no sentido de que continua a enfatizar a importância da integridade do todo e da interdependência de suas partes, mas este holismo perde forma na medida em que não pode mais aspirar a uma qualidade mais abrangente que se faz atualmente necessária.

Em vez disso, o constitucionalismo do Estado torna-se um constitucionalismo aberto ou relacional, preocupado em envolver-se com uma lógica necessariamente não-holística, com sistemas políticos muito híbridos e esferas não-holísticas de governança, que têm sido o foco da atenção do autor, juntamente com a sobreposição de ordens constitucionais.

O surgimento de formas constitucionais não-holísticas serve para indicar e até para reforçar a inadequação do modelo de constitucionalismo próprio do Estado holístico. Na medida em que continua a haver um ponto de comparação entre constelações constitucionais antigas e novas, surgem

questões de maior ou menor ênfase em relação ao Estado holista, fortemente qualificado como constitucional, não sendo o caso de fazer uma escolha austera entre holismo e seu oposto.

Não se pode perder de vista a questão meta-política de moralidade e prudência. Tais diferenças de ênfase entre constelações mais ou menos holísticas e as escolhas associadas a estas, não são, necessariamente, constitucionalmente significativas. Em vez disso, continuamos a ser capazes de articular, pelo menos, alguns elementos da linguagem comum que nos permita avaliar os méritos e deméritos relativos às abordagens holísticas e não-holísticas para meta-política, e fazê-lo de tal maneira a demonstrar que a solução mais holística nem sempre é a melhor ou a mais "constitucionalmente" apropriada.

Na visão do autor, o constitucionalismo holístico, mesmo na forma tradicionalmente qualificada, pode reivindicar muitas virtudes políticas, como a igualdade e a possibilidade de cálculo de dividendos formais que possam advir para a ordem jurídica com um único centro abrangente, a transmissão jurídica confiável da vontade política, formas coordenadas e mutuamente vigilantes do equilíbrio institucional, a autodeterminação popular coletiva, e um sentido de solidariedade social necessário para fazer essa autodeterminação coletiva eficaz.

Nesses termos, Neil Walker vê que apesar das virtudes políticas do modelo de Estado constitucional holístico, o modelo também demonstra instabilidade em qualquer ângulo de sua concretização. Se de um lado tem um alcance abrangente e serve como mecanismo disponível da influência política e de contenção, o constitucionalismo holístico é propenso a ser capturado por poderosos interesses especiais e ideológicos.

Por outro lado, o problema do constitucionalismo não-holístico é a corrupção e também a captura do processo de regulamentação por grupos de interesse<sup>18</sup>. Correm-se os mesmos perigos de excesso e de articulação não apropriada de elementos dentro da estrutura legal e político-institucionais internas e externas.

É bastante compreensível, então, que o pensamento constitucional transnacional contemporâneo esteja preocupado em desenvolver regras substantivas e estruturais que compensem ou substituam as tendências míopes auto-interessadas. Com isso, podemos encontrar um incremento da ênfase na linguagem constitucional universal de proteção dos direitos humanos e um interesse em encorajar e facilitar a coerência mútua entre os regimes holistas e não holistas.

---

<sup>18</sup> Stephen Holmes fala, em artigo denominado "Constitutions and Constitutionalism" que "as elites sociais, políticas e econômicas têm razões para blindar seus interesses em relação às demandas majoritárias". Em relação às demandas minoritárias acentua que estas, por vezes, também têm vozes (aborto do feto anencéfalo, união homoafetiva). Ou seja, se de um lado existem as preferências políticas, do outro estão as pressões populares. Acentua, também que as pessoas têm uma capacidade pré-constitucional para criar e interpretar as constituições, conforme seus próprios interesses. (HOLMES, 2012, p. 189-216)

## Conclusão

Como visto, o objetivo inicial da criação da União Europeia foi, justamente, o de evitar uma nova guerra e criar laços econômicos entre países europeus. Nesse diapasão, os tratados constituíram, paulatinamente, os marcos legais para a construção de um Estado Europeu.

Viu-se, outrossim, que mesmo com a não aprovação do Tratado Constitucional, a essência das normas nele veiculadas foi mantida, doravante, com a aprovação do Tratado de Lisboa, considerado por muitos autores como a Constituição da União Europeia, mesmo que, tão-só, no sentido material e não formal.

Nesses termos, as decisões da União Europeia perpassam as fronteiras nacionais e precisam encontrar no constitucionalismo uma linguagem eficiente e coerente para pautar os entendimentos adotados perante os Estados-Membros e os próprios cidadãos.

O que observamos, enfim, dos estudos doutrinários empreendidos, é que a palavra “constituição” não está mais adstrita a ordens jurídicas nacionais, podendo perfeitamente ser utilizada para caracterizar a lei superior de ordens jurídicas supranacionais. Nesse contexto, o transconstitucionalismo da União Europeia é uma realidade cada vez mais incontestável, estando em consonância com os aspectos transnacionais e transnormativos do direito.

A própria organização jurídico-política-administrativa da UE já configura a existência de um Estado, por possuir órgãos como: Parlamento Europeu (artigos 223 a 234 e 288 a 289 do TFUE), Tribunal de Justiça (arts. 251 a 281 do TFUE), o Conselho Europeu; o Conselho, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu, o Tribunal de Contas.

A realidade é que o tempo e a evolução da humanidade produziram mudanças profundas em concepções outrora consideradas como modelo, como a base teórica lançada por Kelsen para construir a nova realidade jurídica, com base lógica, de forma a reafirmar o positivismo jurídico. No momento histórico atual, entretanto, essa base teórica não tem o mesmo sentido diante da supranacionalidade e do pluralismo constitucional que surgiu.

Destarte, a partir do estudo da dimensão histórica do constitucionalismo<sup>19</sup> percebe-se que as constituições surgiram como artefatos da modernidade, sempre em um contexto pós-revolucionário,

---

<sup>19</sup> A constituição foi criada a partir de uma ideia de artificialidade para construir uma relação entre o direito e a política. Luhmann fala em sua teoria dos sistemas que a constituição é o acoplamento estrutural entre o direito e a política. O século XVIII foi um período de profundas mudanças e de acentuadas dificuldades sociais. Nesse sentido, houve uma grande necessidade de transformação das instituições políticas no intuito de mudar o status quo e de lutar contra o excesso dos governantes. É importante que se diga que a constituição não era um projeto pronto, mas surgiu como fruto de uma transformação histórica não planejada. No século XVIII, tomando a França como exemplo, era urgente a reestruturação da relação entre o Direito e a política. O direito constitucional surge, então, como um direito positivo que vincula e que funciona como uma lei superior em relação à qual as demais leis são dependentes. O momento de

justamente para reordenar a relação entre direito e política. Mas, depois de mais de dois séculos desde o surgimento dos primeiros documentos constitucionais modernos é evidente que novas possibilidades surgem e os limites do projeto constitucional são redefinidos.

Nesse cenário de descobertas e ampliação dos limites constitucionais, não foi difícil perceber que se a união dos Estados-Membros da UE forma uma sociedade de caráter mais abrangente ligada por objetivos comuns, regida por princípios fundamentais do direito e da democracia, há, também, uma evidente formação natural de uma Constituição de um Estado mais amplo, com legitimidade jurídica e democrática para traçar como deve ser sua organização, quais são suas competências, como deve funcionar, qual o papel dos Estados-Membros, de suas instituições e dos próprios cidadãos.

Demais disso, os indivíduos não se veem mais como apenas cidadãos das suas localidades, das suas cidades ou dos seus Estados, mas da União Europeia, dada a formação de uma nova ordem jurídica de feição supranacional.

Diante desse novo contexto, há uma evidente limitação da soberania, uma vez que os Estados aceitam abrir mão de parte desta em nome de um interesse público que supera os limites territoriais de seus próprios Estados. Nessa acepção, as competências constitucionais nacionais sofrem limitações num cenário no qual as relações internacionais e a possibilidade de um constitucionalismo internacional formam uma integração mais profunda, como é o caso da União Europeia.

Percebe-se que embora haja limitações à soberania dos Estados membros da União Europeia, pois o Direito Constitucional Transnacional da União Europeia tem primazia (confirmada pela constante aplicação do princípio da primazia quando da apreciação dos casos concretos cotidianamente submetidos à apreciação do Tribunal de Justiça da União Europeia), o direito constitucional tradicional não deixou de existir, tampouco foi superado. Em muitos casos até se modernizou, em países que para ingressarem na União Europeia tiveram que fazer concessões: ora fazendo constituições que albergassem direitos fundamentais e direitos humanos básicos, ora modificando as constituições já existentes de forma a encampar tais direitos.

Neil Walker, como vimos, considera que há virtudes e problemas tanto no constitucionalismo holístico, adstrito à ordem jurídica interna dos estados-nacionais, quanto no constitucionalismo não holístico, que abrange uma ordem jurídica que vai além das fronteiras nacionais. Não vê, entretanto, como superado o constitucionalismo dos Estados-Membros da União Europeia, mas vislumbra a

---

crise e tensão vivenciado pela França, fez com que a instabilidade gerasse um horizonte mais promissor, onde um direito novo do regime moderno surgiu para esquecer o passado e lançar olhos para o futuro. Não só a revolução francesa como a americana abriram uma nova era na história política da humanidade. Surgiram, assim, as Constituições desses países, onde o essencial era o controle do poder, a adesão ao Estado de Direito, a proteção aos direitos fundamentais.

necessidade de que sejam encontrados meios para que o constitucionalismo holístico não seja propenso a ser capturado por interesses alheios aos sociais.

Em relação ao constitucionalismo transnacional não-holístico contemporâneo, preocupa-se com o desenvolvimento de regras substantivas e estruturais que possam compensar ou substituir tendências míopes auto-interessadas.

Ou seja, um tipo de constitucionalismo não exclui o outro, pois eles devem se complementar sempre na busca de ideais comuns como o da proteção dos direitos fundamentais e humanos.

Destarte, em resposta à indagação tema do presente artigo, percebe-se que o transconstitucionalismo da União Europeia não implica na superação do constitucionalismo tradicional dos Estados Membros da UE, mas sim na modernização e compatibilização com uma ordem jurídica guiada pela primazia<sup>20</sup>, segundo a qual há prevalência do Direito Comunitário frente às normas do ordenamento interno dos países membros da UE que lhe sejam contrárias.

Há que se ter em conta, pois, que mesmo diante das modificações dos conceitos do constitucionalismo tradicional, as restrições contidas nas constituições nacionais exercem ainda importância singular no controle do exercício do poder e na garantia da prevalência de uma sociedade livre e democrática. Nessa linha, Stephen Holmes<sup>21</sup> acentua (HOLMES, 2012. P. 193):

*“to explore the origins, survival, and function of ‘primitive constitutions’ in societies where the rights of the weak were routinely trampled and their voices unheard, will help us to bring into focus the value of constitutional restraints from the viewpoint of ruling groups in liberal and democratic societies as well.”*

---

<sup>20</sup> Um caso relacionado com a aplicação princípio da primazia, foi o *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal Spa*, do ano 1978, que confirmou a importância desse princípio para o funcionamento e legitimidade da União e do seu direito. A sentença declarou que qualquer disposição de um sistema jurídico nacional e qualquer prática legislativa, administrativa ou judicial que pudessem prejudicar a eficácia do Direito da Comunidade, impedindo o tribunal competente de cancelar provisões legais nacionais que viessem causar empecilhos a que as regras da Comunidade atingissem efeito e força exclusivos são incompatíveis com os requisitos do Direito da Comunidade.

<sup>21</sup> HOLMES, Stephen. *Constitutions and Constitutionalism*. In: Rosenfeld, Michel. SAJÓ, András (ed.). *Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press. 2012, p. 193.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Diogo Freitas do, e Nuno PIÇARRA. *O Tratado de Lisboa e o Princípio do Primado do Direito da União Europeia: uma evolução da continuidade*. Revista Mestrado em Direito. Osasco-SP: Edifício, 2008, n. 9:
- BORCHARDT, Klaus-Dieter. *O ABC do Direito da União Europeia*. Serviço de Publicações da União Europeia: Luxemburgo, Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/pt/editorial/abc.pdf>. Acesso em 12/7/2013.
- BODIN, Jean. *The six books of the Commonwealth*. Oxford: Basil Blackwell Oxford, 1955. Tradução para o inglês de M. J. TOOLEY. Disponível no formato digital em [http://www.constitution.org/bodin/bodin .htm](http://www.constitution.org/bodin/bodin.htm).
- BOFF, Leonardo. *Ethos mundial: um consenso mínimo entre os humanos*. Brasília: Letraviva, 2000.
- BRUNKHORST, Hauke. *Alguns Problemas Conceituais e Estruturais do Cosmopolitismo Global*. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais, Tradução Sebastião Nascimento, São Paulo, ANPOCS, vol. 26, nº 76, p. 7- 38, jun 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v26n76/02.pdf>
- CALLEJÓN, Francisco Balaguer, e outros. *Manual de Derecho Constitucional*. 5ª edição. Vol. 1. 2 vols. Madri: Editorial Tecnos, 2010.
- CAMPOS, João Mota de. *Direito Comunitário*. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- COUTO, Juliano Ricardo de Vasconcelos Costa. *Constituição Europeia - Estado Supranacional Europeu? Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB*. Lisboa: Instituto do Direito Brasileiro/Faculdade de Direito de Lisboa, 2013, n. 7: 6761-6780. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com>. Acesso em 26/7/2013.
- FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução de Carlo Coccioli e Marcio Lauria Filho.
- FINNEMORE, Martha. *National Interests in International Society*. Cornell University Press, 1996.
- GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. 2ª. ed, Volume II, Ijuí: Unijui, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*. São Paulo: Editora UNESP, 2012.
- HESSE, Konrad. *Constituição e Direito Constitucional*. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional, por Carlos dos Santos ALMEIDA, Gilmar Ferreira MENDES e Inocêncio Mártires COELHO, tradução: Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HOLMES, Stephen. *Constitutions and Constitutionalism*. In. Rosenfeld, Michel. SAJÓ, András (ed.). *Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press. 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ª edição. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KEOHANA, Robert Owen. *International Institutions and State Power: Essays in International Relations Theory*. Westview, 1989.

LAUREANO, Abel. *Regime Jurídico Fundamental da União Europeia anotado (Tratado Institutivo da Comunidade Europeia anotado e Tratado da União Europeia)*. Lisboa: Quid Júris, 1997.

MARTÍN, Araceli Mangas, e Diego J. Liñán NOGUERAS. *Instituciones y Derecho de La Unión Europea*. 7ª edição. Madri: Editorial Tecnos, 2012.

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

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito - Introdução à teoria e metódica estruturantes do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SIEYÈS, Emmanuel. *Qu'est-ce que le tiers état?* (1789), Rio de Janeiro: reedição PUF, 1982.

TAVARES, Fernando Horta. *O Direito da União Europeia: Autonomia e princípios*. Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Brasil). 2007. Disponível em: [http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2\\_2006/Docentes/pdf/Fernandoh.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Docentes/pdf/Fernandoh.pdf). Acesso em 22/7/2013.

TEUBNER, Günther. *A Bukovina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional*. In: Impulso, Tradução Peter Naumann, Piracicaba, UNIMEP, v. 14. nº 33, 2003, p. 9-31. Disponível em: <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp33art01.pdf>

TUSHNET, Mark. *Constitution*. In: ROSENFELD, Michel. SAJÓ, András (ed.). *Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

WALKER, Neil. *The Idea of Constitutional Pluralism*. *Modern Law Review*, nº 3 (may 2002).

\_\_\_\_\_. *Beyond the Holistic Constitution?* In: DOBNER, Petra. LOUGHLIN, Martin. (org.). *The Twilight of Constitutional Law: Demise or Transmutation?* Oxford: Oxford University Press, 2009.

\_\_\_\_\_. *Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global disorder of normative orders*. *International Journal of Constitutional Law*. I. CON, pp. 1-24 doi: 10.1093/icon/mon016.