

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

LUCAS CATIB DE LAURENTIIS

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 Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

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

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

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

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

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

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

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 - Unicuriitiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

Eventos:

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

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

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

Comunicação:

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

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

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

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

C755

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

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Lucas Catib De laurentiis – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-210-1

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

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Democracia. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I durante o II Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 02 a 08 de dezembro de 2020, sob o tema geral “Direito, Pandemia e Transformação Digital: Novos Tempos, Novos Desafios”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, o Centro Universitário Christus – Unichristus e a M. Dias Branco. Trata-se da segunda experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Desigualdade de gênero na política, efeito backlash, democracia participativa e a questão das fake news também estiveram presentes nas discussões do grupo.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara

Prof. Dr. Lucas Catib de Laurentiis

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Filosofia do Direito. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

GLOBALIZAÇÃO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO

GLOBALIZATION AND THE NEW CONSTITUTIONALISM

Jéssica Cindy Kempfer ¹
Regiane Nistler ²

Resumo

Com a globalização, a estrutura do Estado tem se modificado e, em virtude disso, tem-se uma nova forma de construção e até de interpretação do direito. O Estado Constitucional moderno não consegue dar conta das estruturas sociais desenvolvidas em torno dos fenômenos da globalização. Dessa maneira, o presente trabalho objetiva contribuir para um melhor esclarecimento sobre o latente novo constitucionalismo, tomando como base a globalização econômica, passando pela crise do Estado Moderno e suscitando algumas questões acerca desta possível nova ordem constitucional. Seria o constitucionalismo tradicional suficiente para tratar dessas questões?

Palavras-chave: Constituição, Globalização, Crise do estado moderno

Abstract/Resumen/Résumé

With globalization, the structure of the State has changed and, because of it, there is a new way of constructing and even interpreting the law. The modern Constitutional State cannot deal with the social structures developed around the phenomena of globalization. Thus, the present work aims to contribute to a better understanding of the latent new constitutionalism, based on economic globalization, passing through the crisis of the Modern State and raising some questions about this possible new constitutional order. Is traditional constitutionalism enough to deal with these issues?

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitution, Globalization, Modern state crisis

¹ Mestra em Direito. Docente da Ulbra/RS. E-mail: jessicakempfer@gmail.com

² Doutoranda em Direito pela UNESA/RJ. E-mail: regianenistler@outlook.com

1 INTRODUÇÃO

As relações sociais estão cada vez mais integradas e internacionalizadas. As relações entre indivíduos de diferentes nações se mostram cada vez mais estreitas e frequentes. Tal fenômeno vem constituindo o que se convém chamar de globalização.

Com isso, a estrutura do Estado tem se modificado. Em vista dessas relações transnacionais, não se pode mais conceber que basta apenas conhecer o direito nacional. Tem-se uma nova forma de construção e até de interpretação do direito.

O Estado Constitucional moderno não consegue dar conta das estruturas sociais desenvolvidas em torno dos fenômenos da globalização e se encontra em um dilema: ou mantém-se forte, regulamentando todos os âmbitos das interações sociais ou permite a existência autônoma dos mais distintos sistemas autorregulados.

Nesse contexto, o direito constitucional tem passado por grandes transformações, o que traz indagações de como esse novo constitucionalismo será formado e de que forma deve atuar. Seria o constitucionalismo tradicional suficiente para tratar dessas questões? As atividades econômicas, dentre outras, devem se submeter às proposições normativas da constituição estatal?

Dessa maneira, o presente estudo objetiva contribuir para um melhor esclarecimento sobre o latente novo constitucionalismo, tomando como base a globalização econômica, passando pela crise do Estado Moderno e suscitando algumas questões acerca desta nova ordem constitucional.

O método adotado na presente pesquisa é o chamado método hipotético-dedutivo, partindo-se de observações gerais para se chegar a um objetivo específico e levando-se em consideração que a ciência é provisória, percebendo-se lacunas no conhecimento, formulando-se, assim, novas hipóteses.

2 A GLOBALIZAÇÃO

A globalização é um fenômeno complexo e multifacetado com implicações em várias áreas do conhecimento. O termo é geralmente utilizado com referência ao aprofundamento das relações entre indivíduos de diferentes nações.

Embora o conceito de globalização permaneça altamente contestado, suas características estão ligadas ao surgimento do direito global como uma transformação apropriadamente espacial do direito.

Ulrich Beck (2000) realiza uma distinção entre o termo “globalismo” em que o mercado global substitui ou elimina a ação política; “globalidade” que equivaleria a sociedade global em que vivemos, na qual os Estados e grupos de Estados não são e não podem viver isolados uns dos outros e “globalização”, que envolve o processo pelo qual a soberania do Estado é ameaçada por empresas transnacionais, diferentes visões de poder, identidade e relações internacionais e com diferentes interesses políticos e econômicos. Certamente, o monopólio pode ser suspenso ou mitigado. Na verdade, *lex mercatoria*, *cyberlaw*, multinacionais, regimes de padrões internacionais, *lex sportiva* e similares marcam o surgimento de ordens jurídicas sobrepostas.

A globalização trata-se, em síntese, de uma integração sistêmica da economia em um nível supranacional, alicerçada na mercantilização do conhecimento, na eficiência, na produtividade e deflagrada pela subsequente ampliação das redes empresariais e financeiras, em uma escala global, atuando cada vez mais independente dos controles políticos e jurídicos de nível nacional. (FARIA, 2004)

O mercado se mostra como principal motivador das relações interestatais, contudo não se pode reduzir a globalização apenas ao fenômeno econômico. O mercado interestatal se mostra como um dos elementos e características da globalização. (FERREIRA NETTO, 2007).

Necessário frisar, neste contexto, a mudança pela qual o direito global se torna subnacional e transnacional. Saskia Sassen (2010), afirma que o surgimento de ordens normativas globais permanece fortemente ancorado em localidades ou lugares. Considerando que o global é geralmente conceituado como lugar predominante ou neutralizante e como operando em uma escala global autoevidente, Sassen argumenta que as ordens normativas globais contornam os Estados nacionais dando origem a Circuitos transfronteiriços conectando localidades específicas, de tal forma que a noção vaga do global adquire concretização quando vista como redes de lugares.

Desde a última década esse conceito tem sido utilizado para descrever um complexo conjunto de processos interligados que se destacam pela crescente autonomia adquirida pela economia em relação à política, pela desnacionalização dos direitos e pela desterritorialização das formas institucionais e políticas do capitalismo. (FARIA, 2004)

Nesse contexto, cada vez mais as empresas privadas vem, progressivamente, substituindo o Estado como ator principal, criando algo diferenciado em termos de ordenação socioeconômica e regulação político-administrativa. (FARIA, 2004)

Em termos jurídicos, a globalização se mostra como uma ruptura da modernização com o antigo, implicando em mudanças paradigmáticas na fonte e na forma de produção do direito uma vez que o direito positivo tem enfrentado uma certa dificuldade em dar um efetivo suporte normativo as rápidas evoluções dessas novas relações intersubjetivas. (FERREIRA NETTO, 2016)

A globalização afeta, portanto, o Estado na figura de ordenamento jurídico.

O fato é que a economia global trouxe um novo paradigma onde o povo e o território, não são necessariamente fixos e determinados para se dizer que a autonomia do Estado seja absoluta. A própria vontade do povo manifesta nas decisões políticas, por meio de seus representantes, estão condicionadas aos mercados internacionais, às pressões de toda ordem, e até por interesses de grandes empresas privadas que pelo poder econômico, podem influenciar decisões internas. (FERREIRA NETTO, 2016, p. 35-36)

O mercado globalizado passa a exercer uma nova pressão no Estado e em sua soberania. A identificação da natureza das instituições de direito surgidas com a globalização econômica passa pela importante questão da efetividade do próprio princípio da soberania do Estado-nação, enquanto condição epistemológica necessária (ainda que não suficiente) da teoria jurídica moderna. (FARIA, 2004)

Uma das facetas mais conhecidas desse processo de redefinição da soberania do Estado-nação é a fragilização de sua autoridade, o exaurimento do equilíbrio dos poderes e a perda da autonomia de seu aparato burocrático. O estado é pressionado a ampliar as condições de competitividade sistêmica, com a flexibilização da legislação trabalhista, abertura comercial e etc. (FARIA, 2004)

Com o gradativo esvaziamento da soberania e da autonomia dos Estados, o direito positivo passa por uma reformulação. Tem sua estrutura lógico-formal quase inteiramente desgastada e passa a se filiar cada vez mais a normas e cláusulas gerais e processos de concretização. (FARIA, 2016)

Parece ser essa a razão — assinalemos — pela qual a “realidade das fronteiras” foi como regra, no geral, um fenômeno estratificado de classe: no passado como hoje, as elites dos ricos e poderosos eram sempre de inclinação mais cosmopolita que o resto da população das terras que habitavam; em todas as épocas elas tenderam a criar uma cultura própria que desprezava as mesmas fronteiras que confinavam as classes inferiores; tinham mais em comum com as elites além fronteiras do que com o resto da população do seu território.[...] Com efeito, pouca coisa na experiência atual de vida da elite implica uma diferença entre “aqui” e “acolá”, “dentro” e “fora”, “perto” e “longe”. Com o tempo de comunicação implodindo e encolhendo para a insignificância do instante, o espaço e os delimitadores de espaço deixam de importar, pelo menos para aqueles cujas ações podem se mover na velocidade da mensagem eletrônica. A oposição entre “dentro” e “fora”, “aqui” e “lá”, “perto” e “longe” registrou o grau de domesticação e familiaridade de vários fragmentos (tanto humanos como não humanos) do mundo circundante. (BAUMAN, 1999, p. 16).

De fato, o direito internacional clássico se baseia na existência de fronteiras que permitem a cada um dos Estados distinguir entre seus assuntos internos e suas relações externas. Em outras palavras, a distinção entre “dentro e fora”, interpretada como a distinção entre ordens jurídicas nacionais e estrangeiras, é o pressuposto indispensável ausente que nenhum sentido poderia ser feito do direito internacional, mesmo nas situações em que o direito internacional permite a intervenção nos assuntos internos de um estado. Em contraste, não faz sentido entender a espacialidade das ordens jurídicas globais apelando para a distinção dentro / fora, pelo menos quando interpretada como doméstica / estrangeira. Afinal, sua escala geográfica é global. Embora a *lex mercatória* e os outros modos de direito global que vem surgindo diante de nossos olhos sejam limitados no escopo de comportamento que procuram regular, eles reivindicam validade global. E embora haja, é claro, sempre a possibilidade latente de conflitos de jurisdição entre essas manifestações do direito global, tais conflitos não são desencadeados pela violação das fronteiras que diferenciam os lugares nacionais dos estrangeiros.

As relações internacionais econômicas continuam se aprimorando e chegando cada vez mais perto de um dos objetivos da globalização: a integração econômica. Com isso, a estrutura do Estado tem se modificado e significado uma verdadeira revolução, onde não basta apenas conhecer o direito nacional. Trata-se de uma nova forma de construção e interpretação do direito. O paradigma do Estado-nação, precisa ser reformado de forma essencial e profunda. Novas instituições com verdadeiro poder global precisam ser criadas para atender às necessidades de nosso mundo globalizado,

3 O ESTADO EM CRISE

No transcorrer da história, o Estado Moderno vem passando por um largo processo de consolidação e transformação ou, em outras palavras, por várias crises. A crise que pretendemos aqui abordar seria aquela em termos de fragilização dos instrumentos jurídicos-políticos de ordenação do poder político e de organização social.

A complexidade das relações existentes na sociedade do século XX ocasionou um período de sucessivas crises e fragmentações no modelo de organização moderno, traduzindo-se em uma nova realidade histórica para se pensar o Estado e o direito. (HEDLUND, 2016)

Os choques do petróleo ocorridos em 1973 e 1979, deflagraram uma nova crise estrutural do sistema financeiro desorganizando o modelo econômico desenvolvido no pós-guerra. Essa crise acabou provocando, conseqüentemente, uma enorme recessão nos países desenvolvidos obrigando as empresas a reagirem gerando uma grande revolução tecnológica e minando ainda mais o primado do equilíbrio entre os poderes e os dispositivos formais do constitucionalismo liberal clássico. (FARIA, 2016)

Essas transformações impactaram a tradicional concepção normativista do direito típica do século XIX, substituindo um sistema lógico-formal fechado e hierarquizado por uma organização em forma de rede, em virtude das múltiplas cadeias normativas. Esse sistema em forma de redes se destaca pela extrema multiplicidade de suas regras, pela variabilidade de fontes e pela provisoriedade normativa. (FARIA, 2016)

Nessa ordem socioeconômica de natureza cada vez mais multifacetada e policêntrica, o direito positivo enfrenta dificuldades crescentes na edição de normas vinculantes para os distintos campos da vida. Direitos individuais, direitos políticos e direitos sociais há tempos institucionalizados são crescentemente “flexibilizados” ou “desconstitucionalizados. Essas mudanças contribuem para a erosão do monismo jurídico e abrem caminho para o advento de uma situação de efetivo pluralismo normativo; ou seja: para a existência de distintas ordens jurídicas autônomas. (FARIA, 2004)

A globalização de hoje não é o surgimento gradual de uma sociedade mundial sob a liderança de políticas interestatais, mas é um processo altamente contraditório e altamente fragmentado no qual a política perdeu seu papel de liderança. Apesar da importância das relações internacionais e do direito internacional privado e público, a política e o direito ainda têm seu centro de gravidade no Estado-nação. (TEUBNER, 2016).

O Estado perdeu sua habilitação de único senhor da ordem (STAFFEN, 2015). A força motriz do Direito não se mostra focada nas aspirações de limitação jurídica dos poderes nacionais e internacionais, mas da regulação de dinâmicas policêntricas de circulação, em espaços físicos ou virtuais, de modelos, capitais, pessoas e instituições.

Nesse ponto, necessário se faz o questionamento acerca das características fundantes do Estado, particularmente, a ideia de soberania que se apresenta, historicamente, como um poder que é juridicamente incontestável, onde se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e da aplicação das normas dentro de determinado espaço demográfico. (MORAIS, 2011)

Dessa forma, embora a soberania esteja adstrita à ideia de independência e de poder supremo juridicamente organizado, deve-se atentar para as novas realidades, advindas, em grande parte, devido a globalização, que a transformam.

As transformações que vão se operar no poder soberano começam a aparecer no campo das relações internacionais, onde o Estado é colocado ao lado de seus semelhantes em uma relação horizontal. Essa sobreposição de poderes, por óbvio, implicou em uma revisão de seu conceito tradicional de poder superior. (STRECK; MORAIS, 2014)

Ainda, não se pode esquecer do papel das grandes empresas transnacionais que, por não possuírem qualquer espécie de vínculo com algum Estado em particular, adquiriram uma função fundamental na ordem estatal a ponto de demandar atitudes que não podem ser contrastadas sob o argumento da soberania estatal. (STRECK; MORAIS, 2014)

Efetivamente, as relações internacionais formadas na era globalizada nos convidam a revisar o caráter soberano do Estado contemporâneo. Não se trata mais da constituição de uma ordem poderosa absoluta e sim da construção de uma ordem de compromissos (STRECK; MORAIS, 2014). A formação de mercados regulados e alternativos, por exemplo, frequentemente se mostra em dimensões totalmente independentes do Estado e de seu território.

A erosão da soberania dos Estados tem como uma de suas consequências a substituição de regras estatais por disciplinas bilaterais, multilaterais e supranacionais. A crise da soberania econômica do Estado resulta na determinação da dimensão do setor público não estatal e da gestão e controle do variado mundo dos poderes públicos não estatais. (CASSESE, 2010)

A globalização consiste em desenvolvimento de redes de produção internacionais, fragmentação e flexibilidade. Assim, os soberanos, em uma época de mercados globalizados, são as grandes multinacionais. Já a governança se mostra como uma forma de mantê-la sobre controle. (CASSESE, 2010)

Os Estados cada vez mais cedem seus poderes aos mercados o que se traduz em uma redução cada vez maior no âmbito de sua atuação. Há uma perda na exclusividade das funções estatais que passam a ser partilhadas com outros organismos.

O Estado e mercado, público e privado, que antes eram vistos em separado e em oposição, agora passam a se integrar, apresentando-se como modelos menos distantes e como setores que se permeiam. (CASSESE, 2010)

Inevitável, portanto, que essa crise se traduza na fragilização do instrumento que, na modernidade, serviu para a instalação dos conteúdos definidos pela sociedade: a constituição. (STRECK; MORAIS, 2014)

Estamos diante de uma crise que decorre da própria estrutura do Estado, baseada em conceitos políticos que se tornaram obsoletos: soberania, territorialidade e Estado-nação. Durante séculos - em que as guerras e os conflitos persistiram - estes princípios ajudaram a regular o quadro das relações existentes entre alguns Estados que decidiram exercer o seu poder recorrendo a vários contrapesos de alianças e hegemonias. No entanto, por mais que se tente aplicar esses princípios com a mesma atitude por meio de uma burocracia consolidada, pouco ou nada alcançamos quando nos deparamos com a complexidade dessa nova ordem global e a grande interdependência das relações globais pós-modernas. Assim, os fundamentos conceituais do direito internacional moderno mudaram; a realidade não espera - e nunca esperará - pela teoria. E se o bom senso nos obriga a redefinir o direito à luz dos novos fenômenos que a globalização dá origem, essa ânsia reformista nem sempre será compartilhada pelos defensores de um ordenamento jurídico ultrapassado que, na contramão da história, prefere ancorar se em conceitos do século XIX que falharam em trazer paz ao mundo.

Com o alargamento das fronteiras entre público e privado e com essa mudança estrutural dos conceitos, não se pode mais manter imutáveis os dogmas e códigos de referência da doutrina jurídica tradicional. A emergente lei global é uma ordem jurídica em seu próprio direito que não deve ser avaliada em relação aos padrões dos sistemas jurídicos nacionais. Não é um corpo legislativo subdesenvolvido que tenha certas deficiências estruturais em comparação com o direito nacional. Em vez disso, suas características peculiares como lei plena o distinguem da lei tradicional dos Estados-nação. Essas características podem ser explicadas pela diferenciação dentro da própria sociedade mundial. (TEUBNER, 2016).

A estrutura desse novo cenário global reúne características contrárias a antiga ordem e unidade de Estado e direito. Se está falando em permeabilidade, policentricidade e fluidez que revelam uma nova forma de organização de governança que não é nem uma história unificada nem um mito (determinismo ou instrumentalismo), mas um presente coletivo. Essas

características falam a um sistema dinâmico em que a ordem depende da capacidade dos atores de formar e implantar uma nova e variada forma de governança, na qual o Estado continua a exercer um poder substancial, mas nas quais não pode mais reivindicar um lugar de destaque.

As estruturas tradicionais do Estado já não conseguem dar conta das (des)estruturas institucionais que hoje se apresentam. A unidade estatal passa à uma estrutura multipolarizada, o que impõe o enfrentamento deste tema a partir de uma outra estrutura, mais aberta, e acaba gerando reflexos na forma de organização básica do ordenamento.

4 UM NOVO CONSTITUCIONALISMO?

A transnacionalização e a globalização dos mercados demonstram não ser necessária a figura do Estado para que a sociedade mundial se comunique. A ideia de constituição vem gradativamente deixando de ser um princípio absoluto, passível de ser visto e reconhecido como norma fundamental, de centro do ordenamento jurídico. A questão agora é outra, trata-se de saber que papel a ideia de constituição pode realmente assumir a luz deste cenário. (FARIA, 2004)

A renúncia à centralização do conceito de constituição na figura do Estado e as mudanças de perspectiva em direção a constituições civis da sociedade mundial tornam imperativa a identificação das circunstâncias que justificam a relativização do modelo nacional-estatal de uma constituição exclusivamente política. (TEUBNER, 2016)

Desde o fim da Guerra Fria (1989), o interesse da academia jurídica pela globalização cresceu enormemente. A crise financeira do Ocidente, que começou em 2008, colocou a globalização no centro das atenções e a transformou em uma das questões mais ferozmente debatidas. No debate, o termo "direito global" é cada vez mais utilizado como abreviatura para indicar a nova ou futura realidade do direito sob o impacto da globalização. Este é um termo abrangente que cobre muitos aspectos de um processo que parece estar longe de alcançar qualquer tipo de conclusão. Ele carrega seus perigos.

Mas esse não é o cerne da questão. A questão relevante é quanto impacto a globalização tem e terá na forma como praticamos, ensinamos e pesquisamos o direito? A lei global não é apenas uma realidade; é também uma ambição, uma direção, talvez um objetivo final.

Em razão disso, há tendências teóricas do pensamento constitucional não centradas no Estado, e que são, conseqüentemente, suscetíveis de tornar possível (empírica e

normativamente) o constitucionalismo social, construção teórica capaz de se contrapor à lógica da extrema institucionalização racional dos mais variados setores sociais decorrentes da modernização. A constituição no processo de modernização, teria como principal função a de assegurar a multiplicidade da diferenciação social em face às tendências de dominação da sociedade por parte do Estado. (FORNASIER; FERREIRA, 2015)

“Os processos e as formações globais podem estar, e estão, desestabilizando a hierarquia escalar centrada no Estado nacional. [...] Mais notável atualmente, é o que às vezes é visto como um retorno a antiga espacialidades imperiais para as operações econômicas dos atores mais poderosos: a formação de um mercado global para o capital, um regime de comércio global e a internacionalização da produção industrial. [...] Atualmente, a dinâmica de reescalonamento atravessa o tamanho institucional e os limites institucionais do território produzidos pela formação dos Estados nacionais. Esse reescalonamento não significa que as antigas hierarquias desaparecem, mas que novos processos de escalonamento emergem juntamente com os antigos, e que aqueles podem muitas vezes prevalecer sobre estes.” (SASSEN, 2010, p. 17-18).

Os estruturas administrativas, políticas e jurídicas do estado-nação não desaparecem, são reformadas e redimensionadas por processos de deslegalização e privatização formulados e justificados em nome da governabilidade, da resolução da crise fiscal e da adequação dos mecanismos de formação. Deixam de ser um *locus* natural e privilegiado de direção, limitando-se a atuar como simples mecanismos de coordenação, de adequação de interesses e de ajustes pragmáticos. (FARIA, 2004)

O direito é um fenômeno global. Isso em si não é nada novo, mas é um fato que se tornou muito mais relevante em nosso espaço na história. À medida que as pessoas negociam mais, viajam mais, migram mais, se comunicam mais além das fronteiras nacionais e continentes, percebe-se a necessidade de leis que transcendam as fronteiras nacionais e culturais. E como os grandes desafios desta época - como mudanças climáticas, escassez de energia, segurança e migração - tornaram-se globais, somos forçados a nos tornarmos globais e desenvolver uma estrutura legal que nos permita abordar esses problemas de forma adequada.

Com o fenômeno da transnacionalização e globalização econômica vão surgindo rupturas jurídicas e políticas nas estruturas do Estado, podendo se destacar:

- 1 – mundialização da economia, mediante a internacionalização dos mercados de insumo, consumo e financeiro, rompendo com as fronteiras geográficas clássicas e limitando crescentemente a execução das políticas cambial, monetária e tributária dos Estados nacionais.
- 2 – desconcentração do aparelho estatal, mediante a descentralização de suas obrigações, a desformalização de suas responsabilidades, a privatização de empresas públicas e a “deslegalização” da legislação social;
- 3 – internacionalização do Estado, mediante o advento dos processos de integração formalizados pelos blocos e pelos tratados de livre comércio e a subsequente

revogação dos protencionismos tarifários, das reservas de mercado e dos mecanismos de incentivos e subsídios fiscais;

(...)

4 – expansão de um direito paralelo ao dos Estados, de natureza mercatória (“*lex mercatória*”), como decorrência da proliferação dos foros descentralizados de negociações estabelecidos pelos grandes grupos empresariais.” (FARIA, 2016)

Este é justamente o momento histórico em que o Estado assume suas feições eminentemente neoliberais. Ao contrário do Estado liberal clássico, com sua estrutura político-institucional assentada na centralidade e exclusividade da produção legislativa e na divisão dos poderes, e do Estado intervencionista ou “providenciário”, voltado à realização e consecução de um projeto socioeconômico bem definido, este Estado assume uma dimensão organizacional mais compacta e passa a ser pautado e condicionado pelo mercado e por seus atores dominantes: os conglomerados empresariais transnacionais, instituições financeiras internacionais e organismos supranacionais. No âmbito do estado neoliberal, em outras palavras, é a economia que, efetivamente, calibra, baliza e pauta tanto a agenda quanto as decisões políticas e jurídicas. (FARIA, 2016)

O Estado já não pode mais almejar regular a sociedade civil nacional por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais. Mostra-se impotente diante da crescente multiplicação das fontes de direito, não podendo deter a diminuição de sua ordem normativa pelo advento da fragmentação e pluralismo jurídico. (FARIA, 2004)

Os problemas constitucionais se situam fora das fronteiras do Estado, em processos políticos transnacionais. Assim, discute-se um constitucionalismo transnacional, o qual possui prós e contras e cujo *status* não é claro:

(...) Em linhas gerais e estilizadas, as frentes do debate podem ser descritas da seguinte forma: um lado do debate busca apontar para a derrocada do constitucionalismo moderno. Sua forma histórica plenamente desenvolvida seria encontrada nas constituições políticas do Estado Nacional. Atualmente, entretanto, seus fundamentos sofreriam com a erosão causada, por um lado, pela unificação europeia e pelo surgimento de regimes transnacionais; e, por outro, pelo deslocamento dos processos políticos de poder para as mãos de atores coletivos privados. Não haveria, em espaços transnacionais, formas substitutivas correspondentes às constituições nacionais. Devido aos déficits crônicos da política transnacional no que diz respeito à inexistência de um demos, de homogeneidade cultural, mitos políticos fundantes, esfera pública e partidos políticos elas estariam até mesmo fora de questão nesse âmbito transnacional. (TEUBNER, 2016, p. 24)

O ponto mais importante seria, possivelmente, tentar superar a centralidade ocupada pelo Estado. As sociedades contemporâneas já conhecem e vivenciam exemplos de uma espécie de “ordem constitucional informal” que não é centrada no Estado, mas que contém estruturas

jurídicas polivalentes e hierarquicamente orientadas a ponto de desenvolver um complexo emaranhado de normas.

A partir dessa concepção, surgem novas formas de solução de conflitos. Em um campo transnacional, um número crescente de atores passou a criar e seguir regras próprias que dispensam os direitos que lhes seriam normalmente aplicáveis – o direitos nacionais ou internacionais.

Pode-se citar, como principal representação de um ordenamento jurídico transnacional nesses moldes, a *lex mercatória* (FORNASIER; FERREIRA, 2015), “originada a partir do crescimento do comércio na Europa medieval onde, buscava-se consolidar base jurídica internacional para o comércio” (DALARI JUNIOR; OLIVEIRA, 2003, p. 95).

A *lex mercatória* é, portanto, uma espécie de direito consuetudinário e anacional, surgida a partir do costume dos comerciantes. Trata-se de um direito transnacional de comércio, práticas e jurisprudências internacionais utilizadas nas relações a fim de garantir o cumprimento dos pactos.

As relações jurídicas, que ultrapassam o quadro puramente nacional, e até mesmo regional, se organizam agora segundo regras às vezes escritas, mas geralmente costumeiras, que transgridem frequentemente a ordem jurídica tradicional. Além disso, essas regras são mais difíceis de identificar do que aquelas encontradas nas coletâneas da legislação e da jurisprudência. (ARNAUD, 2007).

Tais sistemas transnacionais e autorregulados se multiplicam cada vez mais. Seria o constitucionalismo tradicional suficiente para tratar dessas questões? As atividades econômicas, dentre outras, devem se submeter às proposições normativas da constituição estatal?

Trata-se de um déficit básico do constitucionalismo que, desde os primórdios do Estado Nacional, permanece sem resposta: “se” e “como” a constituição deve abranger os âmbitos sociais não estatais. (TEUBNER, 2016)

Novos espaços transnacionais de regulação já existem, advindas da *praxi* das negociações internacionais, organizações ou tratados e se encontram em processo de constitucionalização, embora fragmentada e não tão densa quando as constituições nacionais.

Todos os dias são produzidas normas que asseguram a promoção do livre-comércio. Tais normas se impõem aos direitos nacionais e se edificam fora das legislações estatais, formando um direito costumeiro do direito global.

Desse modo, não se está em jogo a construção de uma nova constituição em uma globalidade que se mostra desconstitucionalizada, mas sim de uma reforma em uma ordem

transnacional que já existe, mas perante a qual os sujeitos constitucionais, transnacionais e equivalentes ao Estado não são facilmente identificáveis. (TEUBNER, 2016)

As constituições transnacionais de setores parciais estabelecem apenas regras constitutivas, contribuindo para uma espécie de padrão de desequilíbrio dinâmico. Logo, para que a ordem jurídica alcance as mudanças ocorridas ao longo dos anos, não é necessário construir do zero um novo constitucionalismo e sim reformar os fundamentos de uma ordem constitucional transnacional já existente.

A constitucionalização da sociedade é tarefa política do legislador, que transpõe as prescrições normativas da constituição política para todos os âmbitos. Contudo *“tais intervenções constitucionais estatais na sociedade deveriam respeitar as peculiaridades do social, que essencialmente são vistas nas relações horizontais entre privados, em oposição às relações verticais do âmbito público (des Öffentlichen)”* (TEUBNER, 2016).

As intervenções constitucionais do Estado em todos os âmbitos da sociedade, subestimam o potencial das instituições sociais desenvolverem sua própria regulação. É utopia acreditar que o legislador possui plena capacidade de definir e implementar, de forma autônoma e mediante o direito constitucional, normas da economia, arte, ciência, saúde, entre outras.

A questão seria deixar os âmbitos sociais autônomos, por meio de normas constitucionais. As relações econômicas se mostram com grande potencial para a realização de constituições sociais próprias, cuja autonomia não se funda no mercado, mas sim em um processo político de constitucionalização dentro da própria economia.

Mostra-se imperioso que o Estado normatize essas constituições dos âmbitos sociais parciais, mas isso só seria legítimo se respeitasse suas autonomias. Levar a autonomia a sério significa apostar em sua autodeterminação e submetê-las à intervenções externas apenas em situações de crise, como suporte quando a autoajuda se mostra impossível. (TEUBNER, 2016)

O direito precisa formar um constitucionalismo multilateral que não vincule as ordens sociais parciais apenas e unilateralmente à constituição do Estado, tampouco à economia, mas sim que representem constituições específicas que se ajustem às especificidades das diversas ordens. (TEUBNER, 2016)

O pluralismo constitucional não pode tentar almejar a implementação de objetivos políticos por toda a sociedade, pois nesse caso se mostra cada vez mais deficiente. Um novo constitucionalismo deve se concentrar na definição de requisitos para os âmbitos parciais, na coordenação da cooperação das organizações sociais e políticas.

5 CONCLUSÃO

A constituição evoluiu consideravelmente desde o seu surgimento. Especialmente diante do atual fenômeno da globalização, mas não somente em virtude dele, vemos uma nova normatização constitucional e transnacional.

A globalização aumentou a complexidade das relações sociais fazendo aflorar um novo e diversificado ambiente com grande multiplicidade de atores e interesses. Isso passa a se traduzir em desterritorialização e culmina no surgimento de novos espaços transnacionais no quais deverá ser aplicado um novo constitucionalismo.

O mercado se mostra como principal motivador das relações interestatais. Nesse contexto, as empresas privadas vem, progressivamente substituindo o Estado como ator principal em termos de regulamentação socioeconômica. O constitucionalismo clássico vem se mostrando incapaz de regular esse novo cenário heterogêneo e extremamente diversificado.

A partir deste fenômeno de transnacionalização e globalização, vão surgindo rupturas jurídicas e políticas nas estruturas do Estado, o que nos leva a revisar o caráter soberano do Estado e da constituição estatal como uma ordem soberana poderosa e absoluta.

A proposta levantada no presente estudo não é a de criação de uma nova ordem constitucional transnacional, unitária e superior as já existentes, mas sim, de uma regulamentação das constituições parciais já existentes.

Significa respeitar a autonomia das normatizações provenientes dos âmbitos sociais autônomos, fornecendo suporte para quando estas falham.

Reflete-se sobre uma forma de constitucionalismo multilateral, não vinculado unilateralmente à constituição do Estado, mas como uma representação das diversas ordens o que seria capaz de regular esse novo cenário global.

REFERÊNCIAS

- ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização.** Crítica da razão jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BECK, Ulrich. **What is globalization?** Cambridge: Polity Press, 2000. Disponível em <http://www.ls2.soziologie.uni-muenchen.de/personen/professoren/beck_ulrich/veroeffent/publik/was_ist_global/en_glisch.pdf>. Acesso em 05 nov. 2016.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As conseqüências humanas.** Tradução: Marcus Penchel. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro. 1999.
- CASSESE, Sabino. **A crise do Estado.** Trad. MOREIRA, Ilse Paschoal; ORTALE, Fernanda Lancucci. São Paulo: Saberes, 2010.
- DALRI JUNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de. **Direito internacional econômico em expansão: desafios e dilemas.** Ijuí: Ed. Unijuí, 2003.
- FARIA, José Eduardo. **Globalização econômica e reforma constitucional.** Disponível em <http://lms.ead1.com.br/upload/biblioteca/modulo_1597/CK1Q_WAEM2N.pdf> Acesso em 04 nov. 2016.
- FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada.** 1ª edição, 4ª tiragem. Malheiros Editores Ltda. São Paulo, 2004.
- FERREIRA NETTO, Adyr Garcia. **O direito no mundo globalizado: reflexos na atividade empresarial.** Londrina 2007. Acesso em 05 no. 2016.
- FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. **Autorregulação e direito global: os novos fenômenos jurídicos não-estatais.** Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. v. 35.2, jul./dez. 2015.
- HEDLUND, Alexandre Nicoletti. **Estado democrático de direito hoje: a metamorfose do Direito e do Estado e sua re-significação diante da racionalidade econômica global.** Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima2/Alexandre_Nicoletti_Hedlund.pdf>. Acesso em 04 nov. 2016.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos.** 2. Ed. rev. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do direito global.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolsan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. Ed. ver. E atual. 2. Tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TEUBNER, Gunther. Série IDP - **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. Saraiva Educação, 2016.

SASSEN, SASKIA. **Sociologia da Globalização**. Tradução de Ronaldo Cataldo Costa; revisão técnica Guilherme G. de E. Xavier Sobrinho. Porto Alegre: Artmed, 2010.