

# DIÁLOGOS TRANSCONSTITUCIONAIS: INDÍCIO DE UM NOVO CONSTITUCIONALISMO?<sup>1</sup>

## TRANSCONSTITUTIONAL DIALOGUES: EVIDENCE OF A NEW CONSTITUTIONALISM?

Vitor Soliano<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente estudo se insere na crescente discussão sobre consequências e facetas que a globalização de diversas esferas da sociedade trazem para o direito, mormente o direito constitucional. Parte da constatação do aumento de um fenômeno relativamente novo: os diálogos judiciais entre juízes e Tribunais ao redor do globo para resolução de problemas jurídico-constitucionais iguais, semelhantes ou comuns. A partir daí, questiona-se se este fato é uma consequência da expansão do constitucionalismo ou do direito internacional público e qual a estrutura que o ramo do direito responsável assume. Após traçar os conceitos básicos de Estado nacional, constitucionalismo moderno e direito internacional público clássico, o texto analisa o processo de globalização e a progressiva transnacionalização do direito. Na sequência, aponta para o desenvolvimento de um constitucionalismo para além do Estado. Conclui-se que na atualidade é possível falar em um constitucionalismo sem Constituição e desvinculado do Estado. Este novo constitucionalismo, contudo, não pode significar a morte do constitucionalismo estatal agindo, ao contrário, como seu (retro)alimentador.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalismo. Direito Internacional Público. Diálogos transconstitucionais.

**ABSTRACT:** This study falls within the growing discussion about facets and consequences of globalization of various spheres of society to law, especially constitutional law. Starts with the observation of the increase of a relatively new phenomenon: the dialogue between judges and judicial tribunals around the globe for troubleshooting equal, similar or common constitutional matters. From there, it questions whether this fact is a consequence of the expansion of constitutionalism or of public international law and with which face the

---

<sup>1</sup> O presente artigo é resultado dos estudos realizados na matéria Teoria da Constituição ministrada pelo Prof. Dr. Manoel Jorge e Silva Neto no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Agradeço ao professor e aos colegas pelos apontamentos e críticas construtivas dirigidas a este trabalho.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Público do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (PPGD/UFBA) com bolsa financiada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Especialista em Direito Público pelo JusPodivm/Faculdade Baiana de Direito. Bacharel em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS. Advogado.

responsible branch ends up. After tracing the basics of the concepts of national state, modern constitutionalism and classic public international law, the text analyzes the process of globalization and the increasing transnationalization of law. Following, points to the development of a constitutionalism beyond the state. We conclude that at present it is possible to speak of constitutionalism without a constitution and unbounded with the state. This new constitutionalism, however, can not mean the death of state constitutionalism acting, instead, as its (retro)feeder.

**KEY-WORDS:** Constitutionalism. International Public Law. Transconstitutional dialogues.

## 1. INTRODUÇÃO

É indubitável que a sociedade mundial contemporânea é marcada pela globalização de uma série de esferas da vida social. Deve-se estar atento, contudo, para o fato de que as relações entre culturas diferentes, sejam elas realizadas diretamente pelos indivíduos sejam elas realizadas pelos Estados, não é um fenômeno tão recente. Em verdade, este tipo de interação já era perceptível nos grandes movimentos expansionistas, como o Império Romano, e na intenção e ação de grandes conquistadores como Alexandre Magno e Genghis Khan<sup>3</sup>. Da mesma forma, a Era das Navegações e descobrimentos tem um papel fundamental.

O século XX, entretanto, é responsável pela substantiva ampliação deste processo. Movida inicialmente por questões econômicas, a progressiva globalização do mundo foi altamente acelerada e acarreta consequências em diversas esferas como, por exemplo: a política, a cultural, a bélica<sup>4</sup> e, o que é mais importante para nós, a jurídica. Nesta última esfera, merece especial destaque o desenvolvimento e expansão do constitucionalismo moderno e a ampliação do direito internacional público.

Como afirma Nico Krisch, o constitucionalismo, pedra angular do imaginário jurídico-político ocidental por mais de dois séculos, emergiu na década de 90 (pós Guerra Fria) sem rival e se tornou o modelo político fundamental não apenas da Europa central e oriental, mas para maior parte do mundo. Ao mesmo tempo, o direito internacional público se transformou em um farol de esperança capaz de cumprir com a promessa de um mundo melhor e mais justo. A arena internacional pareceu se mover da anarquia para a ordem, com

---

<sup>3</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 3.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 5-69.

novas instituições e Cortes estruturando o novo cenário e valores comuns provendo uma moldura principiológica para ele.<sup>5</sup>

Nos mais de 20 anos seguintes houve uma relação de trocas e pressões permanentes entre estes dois ramos do direito público. O constitucionalismo estatal é questionado pela progressiva internacionalização ao mesmo tempo em que com ela aprende. Concomitantemente, o direito internacional público é pressionado pelo ideário constitucional a se modificar e, como isso, cria uma nova vertente: o direito internacional dos direitos humanos. Esta constante relação dialética faz com que as duas esferas se aproximem cada vez mais, tornando obscura uma linha que separava com nitidez o âmbito estatal e o internacional e modelando interações formais e informais entre ambos. Neste contexto, é plausível dizer que o direito vem se tornando pós-nacional<sup>6</sup>.

Este cenário de progressiva expansão do constitucionalismo e modificação e aumento de importância do direito internacional público cria a percepção de que diversos sistemas jurídicos diferentes encaram problemas semelhantes. Tal percepção faz surgir um fenômeno que vem sendo debatido pela doutrina estrangeira e, de forma ainda tímida, pela doutrina nacional. Trata-se do diálogo entre juízes e Tribunais ao redor do globo através de suas respectivas decisões. Ou seja, juízes de um sistema jurídico determinado (*receptor*) observam como outros juízes e Tribunais vêm decidindo matéria semelhante, contribuindo para a resolução do problema em questão.

Referido diálogo, suas características, modos de operação e limites têm recebido contribuições de diversos autores. Anne-Marie Slaughter afirma que se está diante de uma “globalização judicial” e formula o conceito de *fertilização cruzada* para se referir à forma mais informal do contato judicial transnacional. Aduz ainda que a influência de decisões de outras ordens jurídicas ocorre no nível de persuasão e ponderação da situação similar em análise<sup>7</sup>.

Tratando da relação entre as decisões do Tribunal Federal Alemão e a Corte Europeia de Direitos Humanos, Virgílio Afonso da Silva assume posição similar afirmando que todo tribunal nacional deve levar em conta, em sua argumentação, a decisão do tribunal supranacional em matéria semelhante, não para necessariamente segui-lo nem para

---

<sup>5</sup> KRISCH, Nico. *Beyond constitutionalism: the pluralist structure of postnational law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 3. Afirma o autor: “A disseminação da democracia constitucional no nível doméstico parece ser reforçada por uma crescente ordem internacional robusta e justa” (Ibidem, loc. cit.) (Tradução livre).

<sup>6</sup> Ibidem, p. 3-4.

<sup>7</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. Judicial Globalization. *Virginia Journal of International Law*. Charlottesville, v. 40, p. 1103-1124, 2000. Disponível em: <http://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/VJIL.pdf>.

necessariamente refutá-lo, mas, simplesmente, para confrontá-lo. Uma decisão errada é aquela que não enfrenta a decisão do Tribunal supranacional.<sup>8</sup>

Vicki Jackson, ao tratar do tema, apresenta três modelos de interação entre decisões de juízes e Cortes nacionais e órgãos julgadores de outras ordens jurídicas. Assevera que tanto o modelo de convergência quanto o modelo de resistência devem ser evitados. Ao invés, deve-se optar por um *modelo de engajamento*<sup>9</sup>. Na doutrina nacional, André Ramos Tavares assume postura semelhante ao afirmar que modelos de submissão, repulsa, de unilateralismo e de uso decorativo devem ser evitados. Defende um *modelo de interlocução* que consiste na “abertura para a compreensão, discussão, reflexão e eventual aproveitamento dessas decisões e de suas razões de decidir”<sup>10</sup>.

A mais elaborada construção sobre a temática em questão é, sem dúvida, o conceito de Transconstitucionalismo cunhado por Marcelo Neves. Entendido como conversação constitucional entre ordens jurídicas distintas apta a promover intercâmbio e aprendizado recíproco quando diante de casos constitucionais iguais ou semelhantes, o que marcará o transconstitucionalismo é que o entrelaçamento das ordens jurídicas ocorre no plano reflexivo. Ou seja, a partir da observação, intercâmbio, aprendizado e diálogo entre ordens jurídicas é possível a reconstrução de sentido à luz da ordem receptora. Ao interagir com uma ordem distinta novos horizontes de sentido podem emergir para a solução de determinado caso constitucional. Tudo isso ocorre a partir dos centros dos sistemas jurídico mundial (juízes e tribunais) e independe de tratados, convenções ou mesmo uma Constituição unindo os sistemas<sup>11</sup>.

Enxergando o novo conceito a partir de uma preocupação hermenêutica André Karam Trindade e Fausto Santos de Moraes asseveram que o diálogo transconstitucional é verdadeiro imperativo hermenêutico do constitucionalismo contemporâneo, aduzindo que sua não realização constitui postura solipsista, ou seja, que se nega a reconhecer a “existência de

---

<sup>8</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. . In NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do direito*. Novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 101-112. Para o autor, há, portanto, um *ônus argumentativo* maior quando se tem uma decisão de um Tribunal supranacional em direção a esta decisão.

<sup>9</sup> JACKSON, Vicki. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*. Vol. 119, 2005, p. 109-128.

<sup>10</sup> TAVARES, André Ramos. O juiz constitucional perante a jurisprudência constitucional estrangeira. In \_\_\_\_\_. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128-129.

<sup>11</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Manoel Jorge e Silva Neto conceitua o transconstitucionalismo como “a tendência jurídico-filosófica destinada a viabilizar o entrelaçamento entre ordens jurídicas distintas ou entre uma ordem jurídica e outra não formalmente institucionalizada, por meio do aprendizado recíproco e do intercâmbio criativo, de sorte a promover a mais adequada proteção aos direitos humanos” (SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 95).

uma comunidade jurídica que compartilha convicções sobre aquilo que se espera do Direito”<sup>12</sup>. Manoel Jorge e Silva Neto também aponta para uma característica eminentemente hermenêutica da noção de transconstitucionalismo ao afirmar que os princípios da interpretação constitucional são modificados por ela<sup>13</sup>.

O que deve ficar claro é que as manifestações dos diversos autores apontam para um mesmo sentido: o diálogo constitucional entre juízes e Tribunais de sistemas jurídicos diferentes como apto a aprimorar o desenvolvimento do constitucionalismo. Nenhum dos autores defende uma submissão total às decisões tomadas em outras “instâncias”. Há um relativo consenso quanto à positividade deste tipo de interação judicial. Cabe dizer, ainda, que o fenômeno é, ao mesmo tempo, descrito e defendido pelos autores. Ou seja, constata-se que o diálogo já ocorre e que pode ocorrer de forma mais apropriada.

Traçado o cenário, cabe agora apontar qual o intuito do presente trabalho. Algumas perguntas principais serão responsáveis pelo desenvolvimento do raciocínio: a interação dialógica entre juízes e Tribunais de sistemas jurídico-constitucionais diversos é expressão de que fenômeno? Da ampliação do direito constitucional ou da relevância do direito internacional para o direito interno? Se foi graças ao constitucionalismo, ainda está-se falando do constitucionalismo moderno ou de um outro tipo de constitucionalismo? Se, ao contrário, foi graças ao direito internacional público estamos diante de uma modalidade totalmente nova ou apenas de um desenvolvimento necessário? Enfim, o que *fundamenta* esta interação em nível de Teoria da Constituição?

Para responder a estas perguntas o presente trabalho se desenvolve em três etapas. Na primeira, traçaremos os conceitos fundamentais de Estado, constitucionalismo moderno e direito internacional público, relacionando-os entre si. Na segunda, discorreremos sobre a globalização e como ela causou uma progressiva transnacionalização do fenômeno jurídico. Na terceira, analisaremos as defesas teóricas de um constitucionalismo para além do Estado nacional. Na conclusão, apontaremos para o fato de que os diálogos transconstitucionais são marca de uma nova modalidade de constitucionalismo.

## **2. ESTADO NACIONAL, DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO CLÁSSICO E CONSTITUCIONALISMO MODERNO: QUAIS AS RELAÇÕES?**

---

<sup>12</sup> TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Do provincianismo constitucional ao transconstitucionalismo: a proteção dos direitos humanos através da integração dos ordenamentos jurídicos. In COSTA, Ana Paula Motta; REIS, Maurício Martins (orgs.). *Direitos fundamentais e espaço público*. Vol. 3. Passo Fundo: IMED, 2012, p. 89.

<sup>13</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 179-181.

## 2.1. Estado nacional e soberania

O Estado Moderno não surge como Estado Constitucional de Direito. A passagem da Idade Média para a Idade Moderna (fim do feudalismo) não instituiu, de logo, um Estado regido, limitado e legitimado pelo Direito. Ao invés disso a primeira forma estatal que surge como uma ruptura com o modelo anterior, instaurou o que veio a ser chamado de *monarquias absolutistas*. Da descentralização observada no sistema feudal – no qual cada senhor era proprietário de tudo o que estava nas terras (inclusive das pessoas) – as monarquias absolutistas concentram os poderes nas mãos dos reis. A intenção de criar uma unidade autônoma e soberana, constituída de um território e um povo, provocou a personificação do Estado no próprio Monarca. Fundamentando seu direito em uma concessão divina, os reis puderam reunir os poderes antes difusamente espalhados pelos senhores feudais e fazer surgir a primeira forma de Estado<sup>14</sup>.

Dalmo de Abreu Dallari nos dá notícia de que são as deficiências do feudalismo e da sociedade política medieval que determinam a necessidade de criação do que veio a ser chamado de Estado Moderno. A principal “crítica” que a antiga forma de sociedade sofria era a falta de unidade o que causava instabilidades econômicas, tributárias e mantinha um estado de guerra constante. Desta forma, era necessária a criação de uma entidade suprema, reconhecida como a mais alta de todas no interior do território, enfim, uma estrutura soberana de poder<sup>15</sup>. Esta estrutura, como dito, foi forjada a partir da ideia de Estado Absolutista, e se consolida através de quatro elementos principais: soberania, povo, território e finalidade.

A identificação absoluta entre Estado e monarca faz com que a primeira forma do Estado Moderno deixe de ser patrimonial. Ou seja, o senhor feudal não é mais dono de tudo o que se encontra em seu território. O que há é uma estrutural estamental. Da mesma forma, as relações de poder são alteradas: da esfera privada (senhores feudais) para a esfera pública (Estado centralizador). Ou seja, autoridade, administração da justiça, exército, cobrança de tributos etc. deixam de ser um problema privado para ser um problema público<sup>16</sup>.

A consequência mais marcante e, para nossos objetivos, mais importante da formação de uma unidade é a construção da ideia de soberania. Com esteio em Jean Bodin, Anderson Vichinkeski Teixeira define que poder soberano:

---

<sup>14</sup> STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria do Estado*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45.

<sup>15</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 70.

<sup>16</sup> STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis, op. cit. p. 42-43.

é um poder que, dentro de sua competência, não encontra nenhum superior; a noção de soberania exprime uma ideia negativa, ou seja, significa a ausência de subordinação. Trata-se de um poder superlativo, pois indica mais do que uma forma de poder: indica o próprio conteúdo substancial. A soberania comporta um conjunto de poderes determinados que não pertencem a mais ninguém e cujo gozo representa a investidura no grau mais supremo de dominação<sup>17</sup>.

A soberania, portanto, é caracterizada pela centralização do poder político, seja legislativo, executivo ou judicial, e pelo monopólio do uso da força. Ambos são exercidos sobre um determinado território, cuja delimitação (fronteiras) é realizada pelo próprio Estado, e sobre uma determinada população, ou seja, os cidadãos/indivíduos vinculados ao Estado<sup>18</sup>.

Percebe-se que a ideia de soberania tem uma relação intrínseca com a noção de Estado Moderno. É a partir dela que se pode falar, efetivamente, de independência do Estado frente a outros Estados. É a partir dela que o corpo político pode se construir e desenvolver sem ter que se submeter a forças e obrigações externas. Veremos, ainda neste item, que a ideia de soberania é indispensável para a construção clássica do direito internacional público e assume uma forma específica com o constitucionalismo moderno.

## **2.2. O direito internacional público clássico e sua função**

É seguro dizer que há uma relação de interdependência entre o Estado Moderno soberano e a construção do direito internacional público clássico. Com efeito, há um certo consenso no sentido de indicar a consolidação da ideia de soberania e a manifestação dos primeiros passos do direito internacional público como o concebemos hoje, no mesmo contexto: trata-se da assinatura dos tratados da Paz de Westphalia. Ao mesmo tempo em que colocaram fim à Guerra dos Trinta Anos, esses documentos impulsionaram a construção do direito internacional público enquanto ramo autônomo.

Valério Mazzuoli aduz que para boa parte dos autores não se podia falar em direito internacional antes da Paz de Westphalia. Não havia, efetivamente, uma sociedade internacional apta a sujeitar os Estados ao cumprimento de determinadas regras pactuadas entre eles. Assim, o autor afirma que os referidos tratados constituem verdadeiro divisor de águas na história do direito internacional público. Ao mesmo tempo, o autor assevera que é neste

---

<sup>17</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski, op. cit. p. 79-80.

<sup>18</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2.ed. Por Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 27.

momento que se consolida a noção de Estado Moderno detentor de soberania, tornando-se este o mais importante sujeito de direito internacional<sup>19</sup>. Além disso,

pela primeira vez, [se reconhece], no plano internacional, o princípio da igualdade formal [entre] os Estados. Assim, mais do que colocar fim à Guerra dos Trinta Anos, os tratados de Westfália criaram um sistema pluralista e secular de uma sociedade de Estados independentes, em substituição à ordem hierarquizada da Idade Média<sup>20</sup>.

A Paz de Westphalia, portanto, tem uma dupla função, diretamente relacionadas com o caráter dúplice da soberania estatal. De um lado, fortalece-se a soberania interna do Estado como única autoridade política de um determinado território o que promove a possibilidade de efetivar uma subordinação hierárquica e política sobre os indivíduos. De outro, passa a ser possível pautar as relações internacionais através de uma disciplina eminentemente jurídica tendo como princípio básico a igualdade (também jurídica) entre os Estados. Não há que se falar, portanto, em subordinação de um Estado a outro<sup>21</sup>.

São a partir dos princípios westphalianos que será construído o direito internacional público<sup>22</sup>. Este ramo do direito servirá para regular as relações entre estes Estados que se consideram mutuamente independentes e soberanos entre si. Em sua formação original, portanto, não estava preocupado com obrigações a serem cumpridas por cada Estado nacional no seu interior. Como afirma Hans Kelsen o “Direito internacional é – de acordo com a habitual determinação de seu conceito – um complexo de normas que regulam a conduta recíproca dos Estados – que são os sujeitos específicos do Direito internacional”<sup>23</sup>.

O direito internacional público clássico, assim, não se prestava a influenciar diretamente o direito interno nem cobrar do Estado soberano alguma medida a ser tomada dentro do seu território. Estas facetas serão incorporadas ao longo do tempo, tendo como objetivo fundamental a proteção do ser humano<sup>24</sup>. Voltaremos ao tema mais adiante.

---

<sup>19</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional público: parte geral*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 16.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>21</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski, op. cit. p. 85-87. O autor resume os princípios westphalianos: “princípio da soberania territorial, no princípio da não intervenção em assuntos de foro interno dos Estados, na noção de igualdade entre os Estados e independência destes para escolher formas de governo, formas de Estado, regime e sistema de governo, enfim, independência para se autodeterminar” (*Ibidem*, p. 85-86).

<sup>22</sup> BORGES, Thiago Carvalho. *Curso de direito internacional público e direito comunitário*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 19.

<sup>23</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7.ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins fontes, 2006, p. 355.

<sup>24</sup> BORGES, Thiago Carvalho, op. cit., p. 12.

Conclui-se, tendo em mente as perguntas que guiam este estudo, que na acepção original o direito internacional público em nada se refere às influências, diálogos ou interações recíprocas entre decisões de juízes e Tribunais de sistema jurídico-constitucionais diversos. As relações promovidas pelo direito internacional público se desenvolvem em nível macro, preocupam-se com as interações entre os Estados soberanos como um todo e buscam uma estabilização entre eles, sempre tendo por princípios basilares e igualdade e independência recíprocas.

### **2.3. O constitucionalismo moderno e sua relação com o Estado nacional**

Dissemos que o Estado Moderno surge como Estado Absolutista e, por isso, não é um Estado Constitucional. Ao mesmo tempo em que o intervalo entre os séculos XVI e XVIII foi marcado pela consolidação e desenvolvimento do Estado absolutista – além de ser perceptível a ascensão da burguesia como classe social –, ele também foi responsável pelo surgimento e amadurecimento das primeiras manifestações teóricas sérias sobre o direito (moderno). Tais reflexões, embora não possuam unidade firme, foram, justamente por procurarem um direito (natural) já dado esperando revelação, reunidas sob o signo do *jusnaturalismo* ou *jusracionalismo*<sup>25</sup>. Consoante ensinamento de Norberto Bobbio a concepção de direito como direito positivado/legislado e a sua preocupação teórica como tal é relativamente recente<sup>26</sup>. Assim, até o advento das revoluções burguesas do século XVIII havia outro tipo de preocupação e construção que pretendia determinar a forma de aplicação do direito muito mais próxima das indagações sobre justiça e ética identificadas por Wálber Araujo Carneiro como decorrentes do jusnaturalismo antropológico moderno. A pergunta pelo homem e pela justiça e, por via de consequência, dos limites do direito deliberado eram a marca desse movimento que tem uma forte proximidade com uma racionalidade moral-prática<sup>27</sup>.

Ora, a pergunta pelo homem e por um direito anterior à construção estatal deste – o que lhe imporia limites – tem um grande potencial reformador e emancipatório. Conforme ensinamento de Paulo Bonavides “o direito natural atuou sempre como poderosa energia revolucionária e máquina de transformações sociais” e que graças “à força messiânica de seus

---

<sup>25</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva*. Uma teoria Dialógica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 133.

<sup>26</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de filosofia do direito. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 26-29

<sup>27</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo, op. cit. p. 134.

princípios, tem ele invariavelmente ocupado a consciência do Homem em todas as épocas de crise, para condenar ou sancionar a queda dos valores e a substituição dos próprios fundamentos da Sociedade”<sup>28</sup>. Por este motivo Norberto Bobbio é levado a dizer que as revoluções que funcionaram como contraponto ao Estado absolutista e que pretendiam a sua derrubada foram conduzidas pela doutrina jusnaturalista<sup>29</sup>.

As revoluções burguesas tinham a explícita intenção de romper com a ordem então vigente, fosse ela o *ancien regime* ou o império inglês. Tratava-se de um movimento pela repactuação da sociedade legitimada através de uma Carta política, a Constituição<sup>30</sup>, motivo pelo qual o movimento revolucionário pode ser entendido como movimento constitucionalista.

J. J. Gomes Canotilho indica como núcleo do constitucionalismo o fato de ser uma teoria que “ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social da comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*”<sup>31</sup>.

A grande marca do constitucionalismo moderno é identificada nas experiências revolucionárias da segunda metade do século XVIII. Nesses movimentos há um nítido caráter disciplinador das relações entre governantes e governados ao mesmo tempo em que refunda a ordem jurídica, abarcando todos os âmbitos do Estado<sup>32</sup>. Ou seja, podemos dizer que “as Constituições, em sentido moderno, são ‘constituintes’ de poder no âmbito de validade ou na dimensão temporal, na medida em que instituem uma nova estrutura política, renovando-lhe a estrutura normativa, positivada juridicamente”<sup>33</sup>. Referidos movimentos ocorreram, cronologicamente, primeiro nos Estados Unidos da América e, em seguida, na França<sup>34</sup>.

Podemos afirmar que o movimento constitucionalista legitimou a criação da Constituição moderna<sup>35</sup>. Com o constitucionalismo estadunidense constrói-se a ideia de um

---

<sup>28</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9.ed. São Paulo: Mandamentos, 2010, p. 29-30.

<sup>29</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 28-30

<sup>30</sup> STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis, op. cit. p. 51.

<sup>31</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 51, destaque do original.

<sup>32</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 164.

<sup>33</sup> NEVES, Marcelo, op. cit. p. 21.

<sup>34</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In. LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais*. Estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 99.

<sup>35</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit. p. 52.

parâmetro normativo (a Constituição) para decidir sobre a validade das leis<sup>36</sup>. Com o constitucionalismo francês fica evidente a necessidade de ruptura institucional e reformulação da sociedade<sup>37</sup>. Em ambos, constata-se a necessidade de proteger o indivíduo e limitar o poder. É possível dizer, com Jorge Miranda, que, além de (re)fundar o ordenamento estatal, sistematizar as normas do poder e da comunidade na forma de lei, o constitucionalismo caracteriza-se, em maior ou menor medida, instantaneamente ou ao longo do tempo, pela supremacia da Constituição<sup>38</sup>. Isso quer dizer que a Constituição, além de fundar um novo sistema, vai *fundamentá-lo*.

Duas conclusões devem ser extraídas do quanto dito até aqui. A primeira é no sentido de indicar um núcleo do constitucionalismo moderno. Este núcleo é formado, por um lado, pela proteção e garantia de direitos fundamentais e, por outro, pela limitação do poder estatal, tradicionalmente relacionada com a separação de poderes. A segunda conclusão é que, na sua formatação original, o constitucionalismo está diretamente relacionado com o Estado nacional, na medida em que pretende refundá-lo, legitimá-lo a partir do direito. Ou seja, graças ao constitucionalismo supera-se o Estado Absolutista e o Estado Moderno adquire uma nova face. Ao mesmo tempo, o constitucionalismo moderno, nesta acepção original, tem uma relação imediata com uma Constituição estatal. Enfim, na aurora do novo formato de Estado de direito há uma relação necessária no trinômio Constitucionalismo-Constituição-Estado Nacional.

### **3. GLOBALIZAÇÃO E A PROGRESSIVA TRANSNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO**

Vimos no item anterior que o Estado Nacional soberano desempenha um importante papel tanto para o direito internacional público como para o constitucionalismo moderno. É condição de possibilidade para o primeiro e objeto do segundo. Ou seja, o estabelecimento da soberania estatal é indispensável para se falar em direito internacional e o constitucionalismo tem como objetivo, na sua semântica revolucionária, a refundação do Estado a partir de um direito legítimo baseado em uma Constituição. Embora já estivesse presente movimentos que

---

<sup>36</sup> LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 20. No mesmo sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit. p. 60: “A consequência lógica do entendimento da constituição como *higher law* é ainda a elevação da lei constitucional a *paramount law*, isto é, uma lei superior que torna nula (*void*) qualquer ‘lei’ de nível inferior, incluindo as leis ordinárias do legislador, se estas infringirem os preceitos constitucionais”.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>38</sup> MIRANDA, Jorge, op. cit. p. 165.

impulsionavam o mundo a se globalizar, as esferas sociais e o sistema jurídico ainda eram muito mais preocupados com aspectos internos do que extraestatais.

Neste item, vamos tratar de como este cenário vai sendo modificado ao longo do século XX, mormente sua segunda metade, tendo em mente as perguntas que guiam este estudo. Por ser um fenômeno complexo e multifacetado parece proveitoso, em um primeiro momento, traçar uma noção geral do conceito de globalização e identificar suas características e consequências mais imediatas, afinal pelo “fato de se apresentar como um fenômeno capaz de produzir uma aproximação intercultural nunca antes vista no curso da evolução humana, a globalização é hoje um dos conceitos mais problemáticos no universo acadêmico”<sup>39</sup>. Em seguida, falaremos do que ocorre com o sistema jurídico dando um enfoque, ao final, na substancial alteração que o direito internacional público vem sofrendo.

### **3.1. As facetas da globalização**

Anderson Vichinkeski Teixeira afirma que o término da Guerra Fria é fator determinante para que se tornasse possível falar em sociedade global<sup>40</sup>. O fim da polarização do globo terrestre e sua divisão em zonas de influência abrem, segundo o autor, os caminhos e as fronteiras para que se desenvolvesse a ideia de sociedade global<sup>41</sup>. Pode-se dizer, portanto, que este processo será marcadamente influenciado pelo sistema capitalista, pelo liberalismo político e pelo conceito de democracia constitucional.

A faceta econômica é, sem dúvida, a mais destacada e importante do processo de globalização. Muitos, inclusive, afirmam que globalização é sinônimo de expansão do capitalismo. Esta expansão foi marcada, em um primeiro momento, pelo que ficou conhecido como Consenso de Washington que defendia uma série de propostas orientadas à privatização, à desregulação, ao livre comércio, à minimização da carga tributária etc. Estes processos acabam deixando a economia estatal mais sujeita aos humores do mercado internacional. Por isso, um significativo movimento antiglobalização cresceu principalmente nos países não desenvolvidos, incapazes de se adequar à essas exigências. Este movimento, principalmente na América Latina, desembocou na subida ao poder de governos populistas que acredita(va)m na possibilidade de o Estado ser o principal agente econômico<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski, op. cit. p. 4.

<sup>40</sup> Em sentido próximo: SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Globalização e direito econômico*, p. 4, afirmando que este período marca a quarta onda da globalização.

<sup>41</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski, op. cit. 10-11.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 11-24.

Esta dicotomia, entretanto, tende à ideologização e à perda de foco. Desta forma, concordamos com Anderson Vichinkeski Teixeira quando afirma que a globalização econômica tem um significado estritamente formal: “trata-se de um *processo* histórico voltado para a criação de condições práticas que permitam a qualquer agente, seja uma multinacional ou um simples indivíduo, investir e interagir na busca da melhor alternativa para a efetivação do seu negócio pretendido”<sup>43</sup>. Os mecanismos para isto já estão disponíveis, mormente com o desenvolvimento da economia. O que é relevante para ser discutido é como os *agentes* deste processo se comportam. A globalização econômica não é um mal em si. Não é um processo despersonalizado e que se move autonomamente.

Ao lado da globalização econômica, merece especial destaque a globalização da política. Esta faceta ainda é muito incerta e tem se desenvolvido mais no âmbito teórico. A progressiva internacionalização de uma série de questões faz surgir propostas de supranacionalização da política e da governança. Tenta-se pensar o cenário internacional de forma equivalente ao Estado nacional. Propõe-se a construção de um governo global para que as relações deixem de ser marcadas pela horizontalidade e anarquia para ser pautada pela verticalidade e pela ordem. Evidentemente, as propostas não deixam de sugerir instrumentos democratizantes. Contudo, a efetivação prática de tais propostas foge à realidade. A sociedade mundial é marcada, a nível de Estados, por uma fortíssima assimetria. Ou seja, diferentes Estados têm forças diferentes. Isto faz com que a construção de um governo global acabe por legitimar o uso da força por estes Estados<sup>44</sup>. A política, entendida como mecanismo de produção de decisões vinculantes, mesmo em tempos de globalização, ainda é marcadamente estatal<sup>45</sup>.

Parece relevante, ainda, falar da globalização como um processo cultural e educativo. A interação entre culturas é, sem dúvida, o aspecto mais antigo do processo de formação de uma sociedade mundial. Desde a antiguidade povos e culturas diferentes se relacionam reciprocamente pelos mais diversos motivos: políticos, econômicos, bélicos etc. O grande diferencial observado no século XX, especialmente na segunda metade, é a facilitação da comunicação entre pessoas ao redor do mundo e do acesso a informação. Contatos e compartilhamento de dados/notícias que antes não seriam possíveis ou extremamente dificultosos ou atrasados são viabilizados através da imprensa e da internet. Este processo é

---

<sup>43</sup> Ibidem, p. 24-25 (destaque nosso).

<sup>44</sup> Ibidem, p. 26-39.

<sup>45</sup> NEVES, Marcelo, op. cit. p. 30-31.

totalmente desvinculado do Estado<sup>46</sup>, considera irrelevantes as fronteiras e rompe com distâncias. Atrelado a isto, a interação cultural é facilitada pelo aumento de investimento em intercâmbios educacionais. Assim, estudantes de diversos países e de culturas distintas “migram” para outros para aprimorar seu conhecimento e, em consequência, promovem intercâmbio cultural com o país que os recebem<sup>47</sup>.

Percebe-se, portanto, que a globalização é um fenômeno multifacetado e envolve diversas esferas sociais como economia, política e cultura/educação. Antes de nos voltarmos especificamente para a transnacionalização do direito – diretamente relacionada com o processo que acabamos de descrever – cabe fazer uma última digressão.

### **3.2. Sociedade mundial como identidade**

Marcelo Neves, a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, faz uma leitura do processo de globalização a partir da sociedade e não do Estado. Para o autor, a sociedade moderna já nasce enquanto sociedade mundial uma vez que a formação social não está vinculada às organizações políticas estatais, ainda que seja nelas que sua reprodução ocorra com mais intensidade. As comunicações da sociedade (moderna) mundial se dão e se intensificam para além das fronteiras do Estado nacional<sup>48</sup>.

A globalização (termo que o autor evita utilizar<sup>49</sup>) deve ser entendida como uma intensificação da sociedade mundial. Esta, contudo, não deve ser confundida com a ordem internacional que se relaciona com as interações entre os Estados.

O autor fala em intensificação pois a sociedade mundial começa a se desenvolver já no século XVI, consolidando-se em meados do século XIX. As substanciais modificações nesta sociedade se deram de forma progressiva e já alcançaram nível de irreversibilidade. O grau de desenvolvimento, hoje, atingiu um patamar tão avançado que a própria sociedade mundial passa a se auto-descrever como mundial ou global. Embora na acepção do autor esta sociedade já fosse mundial desde a Idade Moderna é só com o cume do seu processo de desenvolvimento que ela passa a se autointitular como mundial. Para o autor essa “situação relaciona-se com a intensificação crescente das ‘relações sociais’ e das comunicações

---

<sup>46</sup> Em regra. Sabe-se que há Estados nacionais que promovem um duro controle dos meios de comunicação.

<sup>47</sup> TEIXEIRA, Andersom Vichinkeski, op. cit. p. 57-68.

<sup>48</sup> NEVES, Marcelo, op. cit. p. 26.

<sup>49</sup> Ibidem, p. 27.

suprarregionais mundializadas, com reflexos na reprodução dos sistemas político-jurídicos territorialmente segmentados em forma de Estado”<sup>50</sup>.

Desta forma, é possível dizer que a própria identidade da sociedade mundial vinculasse à globalização. Não é mais concebível que a sociedade contemporânea, na concepção do autor, não se entenda como mundial ou global(izada). As resistências a esta ideia são cada vez menos convincentes, principalmente porque diversas características da modernidade têm, hoje, tendências globalizantes<sup>51</sup>.

Embora o ponto de partida de Marcelo Neves não seja o mais comum quando se pretende descrever o fenômeno da globalização, o seu ponto de chegada é similar ao que vimos até agora. A contribuição mais relevante deste autor, em nossa opinião, é a identificação da identidade da sociedade contemporânea como mundial. De fato, é difícil encontrar defensores de uma ideia de identidade social que não passe por uma preocupação global. Ainda que se pretenda desenvolver uma identidade nacional – o que é válido e necessário – seria ingênuo ignorar que todo Estado-nação está inserido em um contexto mundial e, inexoravelmente, desenvolverá com outras esferas mundiais relações de conflito e complementação.

Traçado este panorama geral sobre a globalização, cabe agora investigar como este complexo e multifacetado fenômeno atingiu o direito, mormente o direito internacional.

### **3.3. A progressiva transnacionalização do direito**

É claro que o processo descrito acima terá influência e gerará consequências para o sistema jurídico. Estas influências e consequências tanto afetam o direito estatal, através de sua modificação e adaptação, quanto exigem a construção de regulações e instituições extraestatais que, por sua vez, retroalimentam mudanças na esfera estatal. Ou seja, “mesmo o direito, considerado sob o ponto de vista *nacional*, recebe influência determinantes, substanciais e procedimentais, sobre os diversos fluxos e influxos da mundialização em curso”<sup>52</sup>.

Assim, é quase inconteste o surgimento de ordens jurídicas transnacionais e supranacionais que, muitas vezes, independem completamente do direito internacional

---

<sup>50</sup> Ibidem, p. 27-28

<sup>51</sup> Ibidem, p. 28.

<sup>52</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. Sobre a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos. Ou: *para onde caminha a humanidade. Direito culturais*, Santo Ângelo, v.6, n. 11, jul./dez. 2011, p. 117 (destaque do original).

público e do Estado nacional. Em verdade, muitas dessas ordens têm a *pretensão* de se impor contra o Estado e outras prescindem absolutamente deste<sup>53</sup>. Ao lado das fontes normativas, surgem instâncias de resolução de controvérsias que também não se subordinam ao Estado e ao direito estatal. Tratam-se de fenômenos com alta carga de heterogeneidade, tendo “em comum apenas o fato de envolverem o exercício de poder político [e jurídico, acrescentamos] fora do âmbito dos Estados nacionais, bem como o seu impacto sobre a soberania constitucional”<sup>54</sup>. Tudo isso tem relação direta com a constatação de que o Estado, na atualidade, não consegue lidar sozinho com as diversas áreas de interesse jurídico que se espalham pelo globo: criminalidade internacional, comércio transnacional, meio ambiente e proteção dos direitos humanos fundamentais<sup>55</sup>.

Este processo de deslocamento do foco exclusivo do Estado no que diz respeito ao fenômeno jurídico em suas diversas formas nos leva a concluir que uma primeira consequência jurídica do processo de globalização é a relativização de um princípio diretamente relacionado tanto com a própria noção de Estado moderno quanto com a de constitucionalismo estatal e direito internacional público: o princípio da soberania. Corolário do trinômio Estado soberano/constitucionalismo estatal/direito internacional público, a soberania, no seu sentido clássico-originário, sofre relativização. Disto, contudo, não se deve retirar que o Estado nacional, o constitucionalismo estatal e o direito internacional público perdem sua importância e função. O que deve ocorrer é uma adaptação a este novo fenômeno.

Como assevera José Luis Bolzan de Moraes, o modelo de Estado hodierno não pode mais ser aquele concebido na aurora da modernidade, pois este já não consegue dar conta da crescente complexidade do mundo. Segundo o autor, em “vez da unidade estatal própria dos últimos cinco séculos, tem-se uma multipolarização de estruturas, ou da falta delas”<sup>56</sup>.

José Luis Bolzan de Moraes, Jânia Maria Lopes Saldanha e Gustavo Oliveira Vieira sintetizam os diversos movimentos que caracterizam a progressiva transnacionalização do direito<sup>57</sup>. Para os nossos objetivos daremos destaques a alguns: a *internacionalização do direito*, marcada pela influência do direito internacional no direito interno, seja a nível constitucional, seja a nível legal; a *internacionalização do direito constitucional*, decorrente do processo anterior, é caracterizada pela progressiva harmonização de conceitos e institutos

---

<sup>53</sup> NEVES, Marcelo. Introdução. In \_\_\_\_\_. (Coord.). *Transnacionalidade do direito*. Novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 9.

<sup>54</sup> SARMENTO, Daniel, op. cit. p. 115.

<sup>55</sup> Ibidem, p. 115.

<sup>56</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2.ed. Por Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 35.

<sup>57</sup> Os autores falam em internacionalização.

jurídicos e regulamentações constitucionais entre diversos Estados; a *harmonização* e a *uniformização* do direito pela via do direito internacional *privado*, consequência da necessidade de segurança jurídica quando se está falando em relações transnacionais; a *internacionalização dos juízes nacionais*, marcada pela extraterritorialidade da competência em matéria de direitos humanos e pelos diálogos transconstitucionais<sup>58</sup>.

Uma das formas de transnacionalização do direito mais curiosas é a construção de um direito da integração e, de forma mais avançada, de um direito comunitário. O direito da integração é uma forma menos avançada do que o direito comunitário, mas com melhores mecanismos do que o direito da cooperação. É desenvolvido principalmente por razões econômicas e é pautado, basicamente, pelo direito internacional público e suas especificidades<sup>59</sup>. O direito comunitário é um passo além. Nele há realmente uma estrutura semelhante à dos Estados nacionais e possui exigências e regulações próprias. A União Europeia conta, hoje, com órgãos desvinculados dos Estados que exercem funções legislativas (Parlamento Europeu), executivas e jurisdicionais (Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias). Além disso, as normas criadas pela União têm aplicabilidade imediata e prioridade sobre as normas nacionais. Embora não haja uma Constituição Europeia, alguns falam em Direito Constitucional Europeu<sup>60</sup>.

A transnacionalização do direito também pode ser percebida pela progressiva expansão do que ficou conhecida como *lex mercatoria*<sup>61</sup>. São mecanismos jurídicos construídos no contexto do comércio internacional decorrente da alta mobilidade e complexidade que esta esfera social alcançou nos últimos anos. Estas “normas” não possuem vinculação com o Estado nacional, estando mais fortemente vinculadas aos costumes aceitos pelos agentes econômicos. São, portanto, elaboradas e escolhidas pelos próprios agentes e amplamente utilizadas em resoluções de conflitos por arbitragem. O Estado nacional se vê cada vez mais pressionado a adaptar o seu ordenamento jurídico a esta ordem jurídica, por vezes com significativos custos sociais<sup>62</sup>.

Para encerrar este tópico cabe fazer referência a um dos mais importantes fenômenos jurídicos da segunda metade do século XX: a construção de um direito internacional dos

---

<sup>58</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira, op. cit. p. 117-119.

<sup>59</sup> BORGES, Thiago Carvalho, op. cit. p. 297-311.

<sup>60</sup> SARMENTO, Daniel, op. cit. p. 115-116.

<sup>61</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 189: “de uma ordem jurídico-econômica mundial no âmbito do comércio transnacional, cuja construção e reprodução ocorre primariamente mediante contratos e arbitragens decorrentes de comunicações e expectativas recíprocas estabilizadas normativamente entre atores e organizações privadas”.

<sup>62</sup> SARMENTO, Daniel, op. cit. p. 119-120.

direitos humanos. Como vimos no item anterior, a preocupação do direito internacional público quando do seu surgimento em nada envolvia a proteção do indivíduo. É no contexto do fim da Segunda Guerra Mundial que este ramo do direito assumirá uma nova face.

Os eventos da Segunda Grande Guerra deixaram uma significativa cicatriz na face da sociedade internacional. O amplo e irrestrito ataque aos mais basilares direitos do ser humano durante os regimes totalitários nazi-facistas faz surgir uma consciência na sociedade internacional de que a proteção do ser humano deve ser, também, objeto das regulações internacionais em forma de tratados e convenções. É no contexto da construção da Organização das Nações Unidas (ONU) que este ideal é realmente iniciado.

De fato, a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia da ONU é o marco inicial desta nova etapa do direito internacional público. O direito internacional dos direitos humanos já é, para alguns, um ramo autônomo do direito. Sua característica essencial é a vinculação dos Estados à obrigações frente a todos os indivíduos que nele se encontrem. São tipos curiosos de tratados e convenções internacionais pois não concedem aos signatários nenhum tipo de privilégio ou bônus (ao menos não diretamente). Ao contrário, os Estados ingressam neste sistema por vontade própria apenas para criarem novos ônus para si mesmos<sup>63</sup>.

No decorrer da segunda metade do século XX uma série de tratados e convenções sobre direitos humanos são assinados por diversos Estados nacionais. Estes tratados assumem diversas dimensões: internacional, regional, supranacional etc.<sup>64</sup>. Vale destacar que diversos destes tratados e convenções preveem mecanismos de controle, fiscalização e aparato jurisdicional, alguns deles com atuação independente dos Estados signatários<sup>65</sup>.

Esta ampliação da preocupação com os direitos humanos-fundamentais no cenário internacional acarreta consequências para a própria estruturação constitucional dos Estados nacionais. As constituições surgidas no referido período histórico passam a incorporar o que se convencionou chamar de “cláusulas de abertura” para os tratados e convenções sobre direitos humanos-fundamentais, colocando-os em patamar constitucional ou supralegal (às vezes até mesmo supraconstitucional). Este fenômeno é observável em constituições americanas (Chile, Peru, Guatemala, Nicarágua, Colômbia, Paraguai, Honduras, El Salvador,

---

<sup>63</sup> WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 26.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 78-152. O autor faz um estudo dogmático abrangente sobre todos estes tratados.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 120-134 e 156-161. Cf. MAZZUOLI, Valério. *Sistemas regionais de proteção dos direitos humanos*. Uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Argentina, Venezuela, México e Brasil), europeias (França, Alemanha e Grécia) e africanas (Angola)<sup>66</sup>.

A importância que os direitos humanos-fundamentais vem tomando nos últimos anos no cenário internacional é tamanha que alguns autores chegam a afirmar que eles são os responsáveis por “eticizar” a globalização<sup>67</sup>.

#### **4. CONSTITUCIONALISMO PARA ALÉM DO ESTADO E DA CONSTITUIÇÃO?**

##### **4.1. Os diálogos transconstitucionais como consequência da expansão do constitucionalismo**

Aduzimos acima que há, na aurora do constitucionalismo, uma relação necessária entre ele, a Constituição estatal e o Estado soberano. Este último entendido como detentor do uso legítimo da força, da produção normativa e da jurisdição, não se submetendo a nenhuma força exterior a ele. Como ficou claro no item anterior, este cenário já não se verifica plenamente. Embora ainda seja o principal ator político no mundo contemporâneo, a globalização impulsiona a desterritorialização do poder e o Estado perde, em parte, a “capacidade que tinha para controlar os fatores econômicos, políticos, sociais e culturais que atuam no interior das suas fronteiras, pois estes são cada vez mais influenciados por elementos externos, sobre os quais os poderes públicos não exercem influência nenhuma”<sup>68</sup>. Ou seja, o Estado ainda é fundamental, mas encontra-se em concorrência com outras de regulação.

Marcelo Neves segue entendimento parecido ao afirmar:

A diminuição da capacidade regulatória do Estado com a emergência de novos problemas globais relaciona-se, paradoxalmente, com um incremento das tarefas que se apresentam ao Estado em face dos novos desafios da sociedade mundial. Nesse sentido, parece-me mais frutífera uma análise que, sem desconhecer a emergência de novos atores, sistemas, “regimes” ou “redes” globais com pretensão de tomar decisões coletivamente vinculantes e produzir normas jurídicas, leve em conta que o Estado ainda é o foco fundamental da reprodução da nova ordem normativa mundial. [...] o que tem ocorrido é um entrelaçamento de ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais no âmbito de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, a partir do qual se tem desenvolvido o transconstitucionalismo da sociedade mundial<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira, op. cit. p. 121-122.

<sup>67</sup> Ibidem, p. 113-117.

<sup>68</sup> SARMENTO, Daniel, op. cit. p. 114.

<sup>69</sup> NEVES, Marcelo, op. cit. p. 34.

Além de consequências para os Estados, o processo de globalização vai trazer novos questionamentos que devem ser respondidos pelo constitucionalismo e pela Teoria da Constituição. Ao mesmo tempo em que o direito se transnacionalizou e os direitos humanos passaram a estar na ordem do dia do direito internacional público, o ideário constitucionalista se espalhou pelo mundo ocidental, ensejando a promulgação de novas constituições e ampliando a consciência de que o direito constitucional é fundamental para a salvaguarda do indivíduo e o desenvolvimento pleno da democracia. Ao mesmo tempo, cresce a importância dos juízes e Tribunais, supremos ou não, na proteção desses textos. Esta conjugação de fatores faz surgir a possibilidade de diálogos transconstitucionais.

As questões que são levadas aos juízes e Tribunais dos diversos sistemas jurídico-constitucionais ao redor do mundo não interessam apenas ao respectivo sistema ou, no mínimo, tendem a se assemelhar a problemas enfrentados e decididos por outros sistemas. Conforme já afirmado, o constitucionalismo tem um núcleo. Melhor dizendo, ele foi a resposta a duas perguntas: 1) como garantir direitos fundamentais aos indivíduos?; 2) como limitar o poder estatal? A resposta, como afirmado acima, foi a refundação do Estado nacional a partir de uma constituição estatal, voltada a resolver essas questões territorialmente delimitadas. O cenário globalizante traçado no item anterior, contudo, passa a exigir que o *constitucionalismo se abra para além do Estado*. Esta exigência é uma consequência necessária do incremento substancial das relações transnacionais. Os problemas de direitos humanos-fundamentais e de limitação do poder ultrapassam fronteiras, o que faz com que o direito constitucional estatal deixe de ter privilégio sobre suas soluções<sup>70</sup>. A partir daí é que se torna relevante falar em diálogos entre juízes e Tribunais de sistemas jurídicos diversos em matéria constitucional.

Neste ponto cabe uma observação importante e que responde a uma das nossas indagações iniciais. Poderia parecer legítimo que se dissesse que esta expansão para além do Estado das preocupações com direitos humanos-fundamentais é, em verdade, uma conquista do direito internacional público. Afinal, como aduzimos acima, uma das principais modificações que este ramo do direito sofre no decorrer da segunda metade do século XX é sua progressiva e expansiva preocupação com o indivíduo e a proteção de seus direitos humanos-fundamentais. Contudo, não concordamos com esta afirmação.

---

<sup>70</sup> Ibidem, p. 119-120.

Ora, para dizer que a expansão da proteção do indivíduo é mérito do direito internacional público seria necessário ou que esta preocupação já fizesse parte, ainda que de forma tímida, da concepção inicial deste ramo do direito público, ou que ela fosse uma inovação original dele. Nem uma coisa nem a outra são observáveis.

Como demonstramos acima, o conteúdo original do direito internacional público está preocupado apenas com as relações que Estados soberanos com o intuito de estabilizar as relações entre eles. O indivíduo e seus direitos humanos-fundamentais não eram uma preocupação imediata deste ramo do direito. Portanto, a primeira alternativa está excluída.

Da mesma forma, a proteção do indivíduo e seus direitos humanos-fundamentais não é uma invenção original do direito internacional público. Em verdade, como já afirmado e repetido, a proteção e garantia de direitos fundamentais faz parte do ideário constitucionalista moderno desde a sua origem. Sempre foi um dos pilares do constitucionalismo moderno a salvaguarda do indivíduo e seu núcleo de direitos. O que mudou foram os direitos deste núcleo (primeira, segunda, terceira dimensões), a intensidade e os mecanismos aptos a protegê-los.

Podemos concluir, portanto, que a substancial alteração do direito internacional público ocorre pela progressiva incorporação do ideário constitucionalista a este ramo do direito. Em verdade, a expansão da proteção e garantia de direitos humanos-fundamentais nada mais é do que a expansão do constitucionalismo moderno para as diversas esferas do globo, ainda que através de tratados e convenções internacionais firmadas entre Estados e fiscalizados por órgãos internacionais, regionais ou supranacionais. O direito constitucional modifica o direito internacional, e não o contrário.

Assim, acreditamos que respondemos uma parte das perguntas que moveram este estudo: a expansão dos diálogos judiciais entre juízes e Tribunais de diversos sistemas jurídico-constitucionais é uma consequência da expansão do direito constitucional ou, melhor dizendo, da expansão do ideário constitucionalista ou, ainda, uma questão de direito constitucional/Teoria da Constituição. Falta ainda tentar responder que constitucionalismo é este: trata-se do constitucionalismo moderno ou de um novo tipo de constitucionalismo desvinculado dele? Além disso, qual a relação que se observa, no contexto dos diálogos transconstitucionais, entre o constitucionalismo, o Estado nacional e a Constituição estatal?

#### **4.2. As propostas/análises para/do constitucionalismo além do Estado**

Tem se tornado pauta do dia na doutrina estrangeira a análise e construção de um fenômeno que ainda não tem um nome definido. Alguns autores falam de constitucionalismo transnacional<sup>71</sup>, outros de constitucionalismo mundial/global<sup>72</sup>, outros em moderno *jus gentium*, outros em constitucionalismo internacional e outros apenas se referem ao fenômeno de forma mais genérica: constitucionalismo para além do Estado. Neste item, analisaremos algumas destas propostas para, ao final, apontar uma conclusão nossa sobre o tema.

J. J. Gomes Canotilho assevera que a ideia de constitucionalismo global ainda é um paradigma emergente. Contudo, aponta traços que caracterizam este movimento. O primeiro deles é um aumento do alicerce do sistema jurídico-político internacional: ao lado da relação entre Estados, uma relação entre Estados e povo. O segundo é a emergência de um *jus cogens* internacional “materialmente informado por *valores, princípios e regras* universais progressivamente plasmados em declarações e documentos internacionais”. Por fim, a tendência à elevação da dignidade da pessoa humana como a base de qualquer direito constitucional<sup>73</sup>.

O constitucionalista português adverte que este paradigma emergente ainda não é apto para suplantare o constitucionalismo moderno clássico, ou seja, voltado para o Estado nacional. Há conceitos e fundamentos básicos neste constitucionalismo que ainda pautam o sistema jurídico<sup>74</sup>. Não só concordamos com a descrição do autor como afirmamos que um constitucionalismo para além do Estado *não deve* substituir o constitucionalismo estatal. Este é indispensável para que possamos falar em identidade constitucional e do próprio sistema jurídico nacional.

Jiunn-Rong Yeh e Wen-Chen Chang asseveram que a era do constitucionalismo transnacional nos alcançou. Para eles, o entendimento tradicional do constitucionalismo é limitado uma vez que está voltado para a regulação do poder e do direito a nível estatal. Já seria perceptível que arranjos transnacionais são capazes de exercer funções constitucionais ou *quase-constitucionais*<sup>75</sup>.

Os autores aduzem que o constitucionalismo passou a se desenvolver para além do Estado nacional por três motivos. O primeiro é o progressivo aumento de “constituições

---

<sup>71</sup> YEH, Jiunn-Rong; CHANG, Wen-Chen. The emergence of transnational constitutionalism: its features, challenges and solutions. *Penn State International Law Review*. Vol. 27, No. 1, p. 89-124, 2008. Disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1636163##](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1636163##)

<sup>72</sup> PETERS, Anne. The merits of global constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, No. 2, 2009, p. 397-411. Disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1492141](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1492141), acesso em 03/08/2013.

<sup>73</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit. p. 1370.

<sup>74</sup> Ibidem, p. 1370-1371.

<sup>75</sup> YEH, Jiunn-Rong; CHANG, Wen-Chen, op. cit. p. 124.

transnacionais” e estruturas *quase-constitucionais*. Seriam exemplos a tentativa de formulação de uma Constituição europeia, as regulações da OMC, a Carta da ONU e os diversos tratados sobre direitos humanos. O segundo motivo é o aparecimento de diálogos judiciais transnacionais. O terceiro é o triunfo do constitucionalismo democrático ao redor do mundo, fato observável a partir da constatação da convergência de conteúdo de diversas Constituições promulgadas nos últimos anos<sup>76</sup>.

Este novo constitucionalismo teria três funções principais: a regulação do mercado global, principalmente através do que os autores chamam de estruturas *quase-constitucionais*; a relativização da soberania estatal e constitucional e; a ampliação de diálogos múltiplos, ou seja, a ampliação do espaço político para que grupos antes relegados exerçam seu direito de fala e influência<sup>77</sup>.

O constitucionalismo transnacional, ainda segundo os autores, teria três desafios principais: de responsabilidade (*accountability*), já que as decisões tendem a ser despersonalizadas; de democracia, porque a participação democrática é mais reduzida em âmbitos não-estatais e; da própria noção de Estado de Direito (*Rule of Law*), uma vez que seus conteúdo mais basilar (poder exercido legitimamente e controlado judicialmente, clareza e certeza das leis) ficam obscurecidos pela “distância” que separa a tomada de decisões e os destinatários destas<sup>78</sup>.

Por fim, os autores sugerem como resolver esses desafios, partindo do pressuposto que a própria concepção sobre seus objetos deve ser modificada para se adequar a um cenário de constitucionalismo transnacional. As sugestões envolvem um aprimoramento do controle de poder (*check and balances*) em âmbito doméstico e em âmbito internacional. No âmbito doméstico este aprimoramento ocorreria por um procedimento mais aberto e democrático da incorporação no Estado nacional de resoluções tomadas em âmbito externo, pela garantia de que a as estruturas transnacionais deixassem espaço de autonomia para decisões especificamente estatais e, principalmente, um uso moderado e consciente dos diálogos judiciais transnacionais. Atrelado a esta última sugestão está a importância dos acadêmicos e da ciência do direito em criticar a atuação dos juízes e Tribunais estatais.

Anne Peters afirma que o constitucionalismo global é uma *agenda* acadêmica que identifica e defende a utilização de princípios ínsitos ao constitucionalismo na esfera internacional. A autora assevera que o constitucionalismo global tem o potencial de

---

<sup>76</sup> Ibidem, p. 91-98.

<sup>77</sup> Ibidem, p. 98-104.

<sup>78</sup> Ibidem, p. 112-114.

compensar os déficits constitucionais que a globalização tende a provocar na esfera estatal, que uma leitura constitucional da ordem internacional pode servir como importante mecanismo hermenêutico e que o vocabulário constitucionalista desvela a pouca legitimidade da ordem internacional ao mesmo tempo em que aponta soluções. Enfim, para a autora o constitucionalismo global tem um alto potencial de crítica, crítica esta que é, segundo ela, necessária<sup>79</sup>.

Para a autora a globalização tem a tendência de prejudicar o constitucionalismo interno na medida em que o governo e as decisões vinculantes tendem a ser altamente influenciadas por pressões não-estatais. Assim, a adoção de um constitucionalismo global contribuiria para compensar o “enfraquecimento da constitucionalidade” estatal. Dito de outra forma: constitucionalizar a ordem internacional funciona como um “constitucionalismo compensatório”, apto a salvaguardar os princípios mais basilares do constitucionalismo em tempos de globalização<sup>80</sup>.

Em nível de contribuição hermenêutica, Anne Peters afirma que enxergar a ordem internacional e suas regulações, mormente quando o assunto é direitos humanos, a partir de uma ótica constitucional pode contribuir para sua efetivação. Entender as provisões da esfera internacional como pertencentes ao ideário constitucional e não apenas como direito internacional público clássico faz com que a antiga dúvida sobre a juridicidade de tais provisões desapareça. Além disso, a propensão de enxergar a ordem internacional com olhos constitucionalistas contribui para a interpretação e argumentação jurídicas na medida em que deixa de lado aspectos formais sobre as fontes das normas que servem de base para o pedido e facilita a interação entre direito constitucional e direito internacional<sup>81</sup>.

Por fim, a autora aponta que um constitucionalismo global tem um grande potencial crítico da esfera internacional. O constitucionalismo global não deve ser usado para conceder falsa legitimidade no direito internacional, nem deve a crítica de que o direito internacional carece de legitimidade minar a autoridade internacional lei como tal. Pelo contrário, a leitura constitucionalista deve esclarecer que a legitimidade de normas e de dominação política não depende das estruturas de governo ou governança de tipo estatal. Constitucionalismo global

---

<sup>79</sup> PETERS, Anne, op. cit. p. 397. Cf. Idem. Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures. *Leiden Journal of International Law*, n. 19, 2006, p. 579–610.

<sup>80</sup> Ibidem, p. 580.

<sup>81</sup> PETERS, Anne. The merits of global constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, No. 2, 2009,. Disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1492141](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1492141), acesso em 03/08/2013, p. 405-406.

deveria e poderia ajudar, em vez de dificultar, a revelação de legitimidade existente deficiências no corpo destas regulações<sup>82</sup>.

Arelado a isto, pode-se constatar que o discurso e a semântica constitucionalista implicam um aumento de responsabilidade no agir jurídico-político. Inserir estes elementos na discussão internacional é indício de que valores importantes estão sendo debatidos. A invocação do ideário constitucionalista não cerceia o debate. Ao contrário, a partir da sua defesa é que as grandes discussões jurídico-políticas tomam lugar e contribuem não para obstruir, mas para construir.

Após esta breve análise sobre as posições, formas e consequências que um constitucionalismo além do Estado pode apresentar passaremos agora a esboçar uma posição pessoal sobre o tema, tentando contribuir para o desenvolvimento do debate sempre tendo em mente as questões que motivaram o desenvolvimento do presente estudo.

Dissemos linhas atrás que o constitucionalismo moderno possui um núcleo: garantia e proteção de direitos humanos-fundamentais e limitação do poder estatal. Este projeto, na sua aurora, estabelecia uma relação necessária com um Estado nacional soberano e uma Constituição estatal. Pelas diversas razões atreladas à globalização que nos referimos ao longo deste estudo parece seguro dizer que o trinômio não é mais necessário ou, no mínimo, deve ser complementado. Como?

Em primeiro lugar é importante dizer que pensar e construir um constitucionalismo para além do Estado não significa renegar o constitucionalismo estatal. Este continuará sendo fundamental para a identidade do sistema jurídico e mesmo para resolver problemas jurídico-constitucionais. Nem toda questão constitucional será, necessariamente, um problema de constitucionalismo transnacional – embora acreditemos que nenhuma questão *deva* ser somente estatal pois há sempre a possibilidade de aprendizado. A construção de um constitucionalismo para além do Estado não pretende, assim, a destruição da dogmática e das instituições do constitucionalismo estatal<sup>83</sup>.

Defendemos que um constitucionalismo transnacional tem o potencial de incrementar e complementar o constitucionalismo estatal. Pensar para além dos limites construídos pela dogmática e pelas instituições do constitucionalismo estatal contribui para a própria renovação deste. O constitucionalismo transnacional, assim, (retro)alimenta o constitucionalismo estatal com novas possibilidades e horizontes compreensivos. Em relação ao constitucionalismo estatal o lugar do constitucionalismo transnacional é ao seu lado. Este

---

<sup>82</sup> Ibidem, p. 410.

<sup>83</sup> NEVES, Marcelo, op. cit. p. 131.

não substitui aquele. Da mesma forma, não há uma relação hierárquica entre os constitucionalismos. O que ocorre é que o núcleo deste projeto se dirige para fora do Estado. E este é o segundo ponto relevante.

Pensar o constitucionalismo para além do Estado não significa, também, a morte deste. Não é possível, mesmo em um mundo globalizado, pensar na extinção do Estado nacional. Este ainda é o modelo estrutural que capaz de “direcionar a redução dos déficits de um projeto inacabado”<sup>84</sup>. Afinal, “não há nenhuma razão *a priori*, tampouco existencial, para que o direito [constitucional] se torne sinônimo de Estado nacional”<sup>85</sup>. Como dissemos, há uma relação entre constitucionalismo moderno e Estado nacional na aurora deste movimento. Esta relação, contudo, foi contingente e historicamente delimitada. A evolução da sociedade no tempo torna possível e mesmo necessário, falar em uma desvinculação destes dois conceitos modernos. Defendemos, portanto, a possibilidade de pensar um constitucionalismo sem um Estado nacional.

Por fim, cabe falar da relação entre constitucionalismo e Constituição. Pensamos que é inviável, mesmo em um contexto de constitucionalismo transnacional, falar em uma Constituição global ou transnacional. A complexidade e contingência da sociedade internacional ainda não permitem se falar em um texto unificador, vinculante e aplicável imediatamente por juízes e Tribunais ou mesmo por um Tribunal global. Mesmo que projetemos o pensamento para o futuro, parece-nos, inclusive, prejudicial falar em Constituição global. Ao contrário, entendemos que a melhor forma de o constitucionalismo transnacional realizar sua função de reflexão, diálogo, aprendizado, enfim, (retro)alimentação com o constitucionalismo estatal, é garantindo a presença apenas de Constituições estatais aptas a dar identidade e conformidade ao ordenamento estatal. Desta forma, não haverá uma imposição direta sobre o constitucionalismo estatal de uma ordem internacional, mas reconstrução da identidade através do aprendizado.

Esta, portanto, é a cara de um constitucionalismo transnacional: desvinculado tanto do Estado nacional quanto de uma Constituição global, tendo por função estar ao lado do constitucionalismo estatal para com este interagir de forma produtiva e reconstrutora sem sobre ele se impor. Enfim, um constitucionalismo reflexivo.

## 5. CONCLUSÃO

---

<sup>84</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. O Direito e as possibilidades epistemológicas do paradigma hermenêutico. In STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (Org.) *Hermenêutica e Epistemologia. 50 Anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 146.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 146.

A globalização gera consequências e força a revisitação e reconstrução de diversos conceitos e princípios forjados em outros cenários. O direito, de forma geral, e o direito constitucional, de forma específica, não fogem à esta constatação. Ao mesmo tempo em que diversas esferas da vida social eram globalizadas o constitucionalismo democrático se expandiu para a quase totalidade do mundo ocidental e o direito como um todo se transnacionalizou. Vivemos em um tempo de concomitantes instâncias de regulação jurídica, todas influenciando a todas e, especialmente, o direito constitucional estatal.

Neste cenário, um fenômeno que merece especial destaque é o surgimento e crescimento de diálogos judiciais entre juízes e Tribunais ao redor do mundo. É o que se pode chamar de globalização judicial, fertilização cruzada, engajamento judicial, interlocução comunicativa ou, como preferimos, transconstitucionalismo. Entendemos que este fenômeno é uma marca da expansão do constitucionalismo para além do Estado nacional, do aumento da consciência da importância que o constitucionalismo tem para a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária. Não se trata, portanto, de um fenômeno do direito internacional público.

Se pensarmos a partir das noções clássicas desses dois subsistemas do sistema jurídico, o transconstitucionalismo não é nem uma tese de direito constitucional nem uma tese de direito internacional público. Não é constitucional pois o constitucionalismo surge no interior do Estado Nacional para regular um direito territorialmente delimitado. Não é internacional público pois a acepção clássica deste direito envolve a relação entre Estados nacionais e não a preocupação básica oriunda do núcleo do constitucionalismo: proteção e garantia de direitos fundamentais e controle do poder estatal.

Estes dois ramos do direito, contudo, se modificaram e expandiram ao longo do século XX. O direito internacional público passou a se preocupar com a proteção do ser humano em todas as partes do globo, fazendo surgir, inclusive, um novo ramo: o direito internacional dos direitos humanos. Contudo, parece-nos seguro dizer que a modificação do direito internacional público no sentido de proteger direitos humanos-fundamentais é, ainda que não explicitamente, movido pelo ideário constitucionalista e seu núcleo. Este tipo de preocupação sempre esteve presente no movimento constitucionalista. Não se trata de uma invenção originária do direito internacional público.

Tal constatação nos faz pensar, entretanto, em um novo constitucionalismo. Por não estar mais voltado para o Estado nacional o mais adequado, assim pensamos, é chamá-lo de constitucionalismo transnacional. Adotamos o termo transnacional para referir que trata-se de

uma preocupação que vai além do Estado, passando por instâncias internacionais, supranacionais, extraestatais e locais.

Este novo constitucionalismo ainda está em fase de desenvolvimento. Uma série de perspectivas vem sendo apresentadas e debatidas por autores estrangeiros. O que se pode dizer, no momento, é que se trata de movimento que pretende enxergar a ordem transnacional se valendo de princípios e instituições próprias do constitucionalismo e seu núcleo: garantia e proteção de direitos humanos-fundamentais e limitação do poder.

O constitucionalismo transnacional seria marcado pela sua desvinculação tanto com o Estado nacional quanto com a Constituição estatal. O novo constitucionalismo não precisa de um Estado global nem de uma Constituição mundial para se desenvolver. O enxergamos como complementar ao constitucionalismo estatal, apto a estimular aprendizado, intercâmbio e reconstrução ao (retro)alimentá-lo com questões ainda não vistas por ele, ou seja, expandir-lhe os horizontes compreensivos. Tudo isso ao mesmo tempo em que não se impõe, permitindo o desenvolvimento de uma identidade constitucional do sistema jurídico.

Um cenário como este exigirá, tanto dos cientistas do direito e doutrinadores quanto dos juízes e Tribunais, uma postura aberta, mas ao mesmo tempo crítica, uma atuação parcimoniosa.

A doutrina constitucional terá o papel de estimular o aprendizado e o intercâmbio do constitucionalismo estatal com o constitucionalismo transnacional sem permitir que o sistema incorpore acriticamente elementos que corrompam, desnaturem ou eliminem a identidade constitucional do Estado. Sua tarefa será uma constante postura vigilante para contribuir para a reconstrução permanente desta identidade.

Os diversos julgadores terão o dever de observar e dialogar com este constitucionalismo para além do Estado no intuito de contribuir com a consistência, adequação e qualidade de suas próprias decisões. Devem estar imbuídos da ideia de que não são os únicos no mundo a se preocupar e ter que decidir matérias que envolvam a proteção e a garantia de direitos humanos-fundamentais e o controle do poder. Esta postura é ainda mais relevante quando se estiver diante de questões similares ou mesmo iguais.

Sabemos que um constitucionalismo para além do Estado ainda está em fase embrionária e precisa de muitos desenvolvimentos. Nosso trabalho teve o intuito de contribuir para este debate.

## **REFERÊNCIAS**

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

\_\_\_\_\_. *A era dos direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2.ed. Por Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. Sobre a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos. Ou: *para onde caminha a humanidade*. *Direito culturais*, Santo Ângelo, v.6, n. 11, p. 109-132, jul./dez. 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9.ed. São Paulo: Mandamentos, 2010.

BORGES, Thiago Carvalho. *Curso de direito internacional público e direito comunitário*. São Paulo: Atlas, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva*. Uma teoria Dialógica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. O Direito e as possibilidades epistemológicas do paradigma hermenêutico. In STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (Org.) *Hermenêutica e Epistemologia*. 50 Anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 133-151.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JACKSON, Vicki. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*. Vol. 119, p. 109-128, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7.ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins fontes, 2006.

KRISCH, Nico. *Beyond constitutionalism: the pluralist structure of posnational law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MAZZUOLI, Valério. *Direito internacional público: parte geral*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. *Sistemas regionais de proteção dos direitos humanos*. Uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NEVES, Marcelo. NEVES, Marcelo. Introdução. In \_\_\_\_\_. (Coord.). *Transnacionalidade do direito*. Novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, p. 9-21, 2010.

\_\_\_\_\_. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PETERS, Anne. The merits of global constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, No. 2, 2009, p. 397-411. Disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1492141](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1492141), acesso em 03/08/2013.

\_\_\_\_\_. Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures. *Leiden Journal of International Law*, n. 19, p. 579-610, 2006.

SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In. LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais*. Estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 87-124.

SLAUGHTER, Anne-Marie. Judicial Globalization. *Virginia Journal of International Law*. Charlottesville, v. 40, p. 1103-1124, 2000. Disponível em: <http://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/VJIL.pdf>.

SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. . In NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do direito*. Novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 101-112.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Globalização e direito econômico*.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria do Estado*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Do provincianismo constitucional ao transconstitucionalismo: a proteção dos direitos humanos através da integração dos ordenamentos jurídicos. In COSTA, Ana Paula Motta; REIS, Maurício Martins (orgs.). *Direitos fundamentais e espaço público*. Vol. 3. Passo Fundo: IMED, 2012, p. 87-100.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

YEH, Jiunn-Rong; CHANG, Wen-Chen. The emergence of transnational constitutionalism: its features, challenges and solutions. *Penn State International Law Review*. Vol. 27, No. 1, p. 89-124, 2008. Disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1636163##](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1636163##)