

PLURALIZAÇÃO ORDENATIVA E CONFLITOS CONSTITUCIONAIS: NOVOS PARADIGMAS DE ESTABILIZAÇÃO NORMATIVA NOS SISTEMAS TRANSNACIONAIS

ORDINAL PLURALIZATION AND CONSTITUTIONAL CONFLICTS: NEW PARADIGMS OF NORMATIVE STABILIZATION IN TRANSNATIONAL SYSTEMS

Rafael Freitas *

Luis Cláudio Martins de Araújo **

SUMÁRIO: Introdução. 1. Desfragmentação sistêmica e pluralização ordenativa: Do constitucionalismo antigo ao transconstitucionalismo; 2. A estabilização transnacional do sistema constitucional nas sociedades multifacetárias; Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo se estrutura, a partir da apresentação do problema ocasionado pela insuficiência dos modelos tradicionais para a solução dos conflitos constitucionais, diante da atual fragmentação do sistema global e crescente pluralização de ordens jurídicas, propondo a formulação de um modelo de análise, no qual se permita gerar uma contribuição para a justificação de um novo paradigma de estabilização transnacional do sistema constitucional global, sob a égide de parâmetros recursivos e circulares, dada a necessidade de se construir parâmetros e diretrizes de uma agenda cooperativa nas sociedades multifacetárias, a partir da integração relativamente estável dos sistemas constitucionais globais. A metodologia do trabalho se orientará através de análise bibliográfica, por meio de referências teóricas fundamentais sobre o tema transconstitucionalismo, a fim de se estabelecer uma teoria que compreenda mecanismos e instrumentos capazes de aperfeiçoar o exercício de mecanismos de entrelaçamento constitucional, com a estabilização transnacional do sistema constitucional global nas sociedades multifacetárias. Da mesma forma, será necessário tomar como referencial, a necessidade de criação de uma rede de reciprocidade arquitetada a partir de um consenso sobreposto por meio de um procedimento democrático compatível com as diferentes concepções de justiça de uma sociedade complexa. Assim, irá se procurar contextualizar esse fenômeno, a partir da intensificação de um diálogo pluralista e participativo, para determinar a legitimação do sistema constitucional nas sociedades multifacetárias, dada a idealização de um modelo de direito constitucional global de colisões (*verfassungskollisionsrecht*) construído a partir da fragmentação sistêmica.

Palavras-chave: Constitucionalismo global; Teoria dos Sistemas; Desfragmentação sistêmica.

* Mestrando em Direito pela PUC/SP. Graduado em Direito da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC).

** Pós-Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com período sanduíche (Visiting Scholar) na University of Cambridge (Cambridge). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Especialista em International Environmental Law pelo United Nations Institute for Training and Research (UNITAR). Pós-graduado em Processo Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Artigo recebido em 20/08/2018 e aceito em 13/03/2019.

Como citar: FREITAS, Rafael; ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. Pluralização ordenativa e conflitos constitucionais: novos paradigmas de estabilização normativa nos sistemas transnacionais. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 22, n. 36, p. 29, jul/dez. 2018. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

ABSTRACT: *The present article is structured from the presentation of the problem caused by the insufficiency of the traditional models for the solution of the constitutional conflicts, due to the current fragmentation of the global and increasing system of the pluralization of legal orders, proposing a formulation of a model of global jurisdiction analysis, in which it's possible to generate a contribution to the justification of a new paradigm of transnational stabilization of the global constitutional system, under the aegis of recursive and circular parameters, given the need to build parameters and guidelines of a cooperative agenda in multifaceted societies, from the relatively stable integration of constitutional systems. The methodology of the work will be guided by specialized bibliographical analysis, by means of fundamental theoretical references on the theme "transconstitutionalism", in order to establish a theory that includes mechanisms and instruments capable of perfecting the exercise of mechanisms of constitutional interweaving, with the transnational stabilization of the global constitutional system in multifaceted societies. Likewise, it will be necessary to take as a reference the need to create a network of reciprocity based on an overlapping consensus through a democratic procedure compatible with the different conceptions of justice of a complex society. Thus, we will seek to contextualize this phenomenon, starting with the intensification of a pluralist and participatory dialogue, to determine the legitimacy of the constitutional system in multifaceted societies, given the idealization of a model of constitutional global law of collisions (verfassungskollisionsrecht) built from the systemic fragmentation.*

Keywords: *Global constitutionalism; Systems Theory; Systemic defragmentation.*

INTRODUÇÃO

Contemporaneamente, em muito discute-se a respeito da legitimidade da atuação entre os poderes de Estado e das instâncias supranacionais, sobretudo na consolidação de conflitos heterárquicos constitucionais. A partir do problema de pesquisa de conflitos entre instâncias supranacionais, devem ser buscados esforços teóricos aptos a ensejar o esboço de novos modelos para a refiguração do paradigma atual da interpretação, decisão, atuação e cooperação, lastreada nos fundamentos da razão pública¹ e, mais concretamente no exercício dessas atividades, por meio de procedimento legitimamente concebido pela comunidade. Tal problemática legitimatória agrava-se, ainda, com a globalização e o crescimento da chamada sociedade internacional, interdependente e interpenetrante, que interage cada dia de forma mais profunda. Assim, questões constitucionais limitadas a sistemas jurídicos autônomos, tem se expandido em todo o mundo, consolidando a ideia de que - mais do que nunca - a decisão sobre questões morais e políticas complexas, nas quais existem divergências profundas na sociedade deve ser desenvolvida de forma coerente em um sistema de entrelaçamento constitucional. *A partir destes problemas, o presente artigo estrutura-se a partir da apresentação de problemas ocasionado pela insuficiência dos modelos tradicionais do*

¹ RAWLS, John. A ideia de razão pública revisitada. Democracia deliberativa. São Paulo: Esfera Pública, p. 77-101, 2007.

constitucionalismo para a solução dos conflitos globais, propondo-se a formulação de um modelo de análise, no qual se permita gerar critérios e argumentos, construídos sob a égide de parâmetros *recursivos*, dada a necessidade de se construir diretrizes de uma agenda *para a estabilização de questões constitucionais* em sociedades complexas.

Nesse sentido, este trabalho terá como metodologia a análise bibliográfica, por meio de referências teóricas fundamentais sobre o tema do “transconstitucionalismo”, a fim de se estabelecer uma teoria que compreenda mecanismos e instrumentos capazes de aperfeiçoar o exercício de mecanismos de entrelaçamento constitucional, com a estabilização transnacional do sistema constitucional nas sociedades multifacetárias, diretamente relacionada à ideia de razão pública², enquanto cultura de instrumentalização racional da comunicação e interação³. Da mesma forma, há a necessidade de contraposição de conceitos fundamentais sobre o tema⁴, a partir da intensificação de um diálogo pluralista e participativo, para determinar a estabilização transnacional do sistema constitucional nas sociedades multifacetárias, especialmente diante da fragmentação sistêmica⁵.

O trabalho terá como hipótese, a possibilidade da concretização do transnacionalismo enquanto instância de conversações e entrelaçamentos constitucionais e de razões transversais para a construção de um modelo de pós-soberania, que possa ser compreendido como uma complementariedade entre identidade e alteridade, em uma relação circular, para lidar com problemas hidraconstitucionais, com a articulação de observações recíprocas entre ordens jurídicas da sociedade, bem como a idealização e estabilização de um modelo de direito constitucional global de colisões (*verfassungskollisionsrecht*), tendo em vista a concretização da ideia

² O conceito de razão pública, em termos rawlsianos, estrutura-se por: “(1) as questões políticas fundamentais às quais se aplica; (2) as pessoas a quem se aplica (funcionários do governo e candidatos a cargo público); (3) seu conteúdo como dado por uma família de concepções políticas razoáveis de justiça; (4) a aplicação dessas concepções em discussões de normas coercitivas a serem decretadas na forma de lei legítima para um povo democrático; (5) a verificação pelos cidadãos de que os princípios derivados das suas concepções de justiça satisfaçam o critério de reciprocidade”. RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1.

⁴ WALDRON, Jeremy. *Teaching cosmopolitan right*. In: MCDONOUGH, Kevin; FEINBERG, Walter. (Eds.) *Education and citizenship in liberal-democratic societies: cosmopolitan values and cultural identities*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 25-35.

⁵ PETERS, Anne. *The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization*. **Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper N. 2016-19**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2823512>. Acesso em: 8 set. 2016.

de uma constituição mundial, através da interligação das constituições próprias dos fragmentos globais, das nações, dos regimes transnacionais e das culturas regionais.

1 DESFRAGMENTAÇÃO SISTÊMICA E PLURALIZAÇÃO ORDENATIVA: DO CONSTITUCIONALISMO ANTIGO AO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Os homens de ação gostam de evocar a sua boa estrela, como se fossem joguetes da Providência, de um gênio místico ou da força, anônima e misteriosa, chamado acaso. Eles sentem que a ação racional se contenta em calcular as oportunidades. O Ópio dos Intelectuais, Raymond Aron.

Quando se discute o conceito de constitucionalismo, deve-se ter em mente o momento histórico em que se fez uso do termo, pois, apenas a partir desta delimitação, podemos compreender o sentido - conectado ao resgate histórico e à contextualização, do fecundo debate teórico que envolve as origens do sentido moderno de Constituição - e o desdobramento deste conceito nas sociedades contemporâneas⁶.

Ademais, diante da dubiedade e polissemia do próprio vocábulo⁷, é oportuno trazer a discussão sobre as distintas orientações teóricas em torno do tema, não apenas para compreender o real sentido de cada um dos termos ao qual esteve associado o constitucionalismo, mas, sobretudo, para possibilitar a construção de uma concepção jurídica que corresponda aos reclames políticos e sociológicos da sociedade contemporânea⁸.

Nesse sentido, o chamado constitucionalismo antigo, ou seja, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários que alicerçavam a existência de direitos estamentais ou religiosos sedimentou-se, conformando a ordem jurídico-política das sociedades ancestrais/pré-modernas,

⁶ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1-62.

⁷ SGARBI, Adrian. Teoria do Direito: primeiras lições. Lumen Juris, 2007, p. 49.

⁸ É importante frisar que, ainda que a polissemia do termo Constituição tenha acarretado a confusão de seu sentido - com vocábulos que expressam ideias abstratas e conceitos distintos, como forma política de Estado, ato solene do poder constituinte, ação continuada, resultante da espontaneidade dos fatos, formas de domínio, ato de decisão - por outro lado, foi a ferramenta que consolidou a estrutura jurídica que forjou o direito constitucional das sociedades modernas. Vide SAMPAIO, José Adércio Leite. Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Crises e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 3-54.

fundamentalmente como um símbolo da inspiração divina, em que o direito não escrito se encontrava dominado pelas práticas religiosas^{9,10}.

É bem verdade que, embora possa-se situar nos regimes constitucionais da Constituição pré-moderna a subordinação do Direito ao Poder, a partir da integração sistêmica, com os códigos de comunicação subordinados a um dado arcabouço supremo, a integração social no período de transição dá-se a através dessacralização do Direito e subordinação relativamente diferenciada e instrumental do direito à política, isto é, do direito mutável subordinado ao direito natural imutável¹¹.

De toda maneira, partindo da ideia de que a Constituição em sentido moderno se vincula, principalmente, ao constitucionalismo que resulta das revoluções liberais do fim do século XVIII na França e Estados Unidos - e, atipicamente, do desenvolvimento lento e gradual do constitucionalismo britânico - a palavra Constituição e o significado de constitucionalismo corresponderam às transformações estruturais da sociedade, com um sentido plenamente emancipatório¹².

Assim, tendo como elemento de ruptura os períodos revolutivos do século XVII e XVIII, o surgimento da Constituição em sentido moderno caracteriza-se pela emancipação das ordens normativas, com a pluralidade das autodescrições da sociedade como referência reflexiva a uma estrutura social determinada e diferenciação entre normativo e cognitivo, por meio da luta pela autonomia das esferas sociais com pretensão de validade universalista.

Neste sentido, a constituição firma-se pela compreensão dos direitos fundamentais como garantia dos espaços de liberdade dos indivíduos, tendo em vista que as constituições estatais objetivam a fundação constitutiva do poder político (*konstituierung*) e limitação do Estado de Direito, mediante autonomia política moderna, isto é, através

⁹ Como afirma Sanchís “*pueda hablarse de un constitucionalismo antiguo y medieval, el constitucionalismo moderno es aquel proceso histórico cultural en virtud del cual la relación entre los detentadores del poder y quienes están sujetos al mismo se configura como una relación jurídica, definida, regulada y sometida a reglas jurídicas conocidas cabe afirmar que el iusnaturalismo sostiene la limitación del poder a partir de unos principios no positivos de justicia, cuya observancia es la condición de la obediencia al Derecho. Así, la historia constitucional se alimenta de la herencia del iusnaturalismo*”. PRIETO SANCHÍS, Luis. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2003, p. 34.

¹⁰ 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.

¹¹ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 41.

¹² NEVES, Marcelo. Op cit, p. 1-62.

da formação de poder e geração de consenso para a produção de decisões coletivas, garantida a estabilização de sua autonomia através do Direito¹³.

Assim, o Estado nacional e naturalmente, a Constituição, evoluiu como um sistema de inclusão através de direitos, no qual os Estados foram gradualmente forçados a integrar o povo nacional soberano, do qual pretendiam obter legitimidade, como um agregado de detentores de direitos.

Contudo, é bem verdade que, com o aumento da integração da sociedade mundial e da expansão das ordens jurídicas sistematicamente fragmentadas, tais problemas tornaram-se insuficientes de serem resolvidos por uma única instância normativa estatal, limitado ao seu específico território, levando-se a problemas de conflitos entre instâncias normativas - estatais ou não - que, apesar das diferenças entre si, detêm uma relação transversal permanente de problemas de comum unidade entre ordens normativas¹⁴.

Assim, um problema transconstitucional pode envolver questões de tribunais estatais, internacionais, transnacionais, locais ou supranacionais, a partir de racionalidades transversais parciais e pontes de transição entre o sistema jurídico e outros sistemas sociais parciais, isto é, razões transversais, partindo do pressuposto da superação do

¹³ Segundo Teubner: “Autofundação constitutiva *Konstituierung*) não significa apenas postular normas organizacionais para as operações políticas, mas também que o poder político se torna independente frente às fontes sociais do poder. Ele não é mais diretamente baseado em poderio militar, riqueza econômica ou autoridade religiosa; antes, ele cria as próprias fontes autônomas de poder”. TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Oxford University Press, 2012, p. 106.

¹⁴ Tal percepção ocasiona o que Teubner situa como “crise do constitucionalismo moderno”, através do constitucionalismo além do Estado Nacional, isto é: “os problemas constitucionais se situam fora das fronteiras do Estado Nacional, em processos políticos transnacionais e, simultaneamente, fora do setor político institucionalizado, nos setores “privados” da sociedade mundial. TEUBNER, Gunther. *Op. cit.*, 2012, p. 110.

conceito de acoplamento estrutural dos sistemas funcionais¹⁵, através da razão transversal como aprendizado recíproco entre esferas sociais, acaba por proporcionar uma conexão unitária e desfragmentária de uma pluralidade, potencializada pelo fenômeno globacional, o qual acomoda uma intensificação da sociedade mundial, desvinculando-se dos elementos estatais internos.

Neste sentido, tais ordens sistêmicas diferenciadas entrelaçam-se, enquanto pontes de transição, desfragmentando-se em um sistema transconstitucional mundial de níveis múltiplos dotado de pluralidade, através dos acoplamentos operativos, em uma unidade estruturante entre ordens autônomas, pela pluralidade comunicativa.

Desta feita, a Constituição em sentido moderno, enquanto pressão estrutural pela diferenciação entre política e Direito¹⁶, por meio de revoluções políticas, proporcionaram transformações radicais na estrutura social enquanto elemento ambivalente de autofundamentação intrasistêmica e de diferenciação entre sistemas parciais autônomos e acoplamento estrutural entre os mesmos, a partir de relações de

¹⁵ Segundo Neves, os acoplamentos estruturais são: “filtros que excluem certas influências e facilitam outras. Há uma relação simultânea de independência e de dependência entre os sistemas acoplados estruturalmente. As estruturas de um sistema passam a ser, mediante os acoplamentos estruturais, relevantes e mesmo indispensáveis à reprodução das estruturas de um outro sistema e vice-versa”. Segundo Neves, são interpenetrações duradouras e concentradas entre sistemas sociais, possibilitando a autoconstrução de complexidade inapreensível e desordenada entre os sistemas sociais parciais. Tais mecanismos possibilitam o “intercâmbio construtivo de experiências entre racionalidades parciais diversas”, sob pena de gerar a destruição da multiplicidade das esferas discursivas e “bloqueios recíprocos das autonomias sistêmicas, mediante corrupção dos sistemas”. Tais acoplamentos estruturais, enquanto fórmula de contingência, proporcionam a estabilização das expectativas normativas. NEVES, Marcelo. Op. cit, p.66.

Sobre o conceito de corrupção sistêmica, explica Neves: “Aqui o código de um dos sistemas é sabotado pelo código de um outro sistema, de tal sorte que aquele perde sua capacidade de reprodução consistente”, ocasionando uma sobreposição negativa de um sistema parcial autônomo sobre o outro, bem como um possível autismo e ausência de reconhecimento do outro. Além disso, ocasiona um possível risco excesso de especialização e autosuficiência (atomização), de expansão imperialista, de uma “desdiferenciação sistêmica” e na falta de fechamento autopoietico. Tais efeitos, se contínuos, ocasionam uma “patologia da normalidade”. NEVES, Marcelo. Op. cit, p. 67.

¹⁶ Tal diferenciação interna do sistema jurídica resulta, segundo Neves, de “uma pluralidade de ordens jurídicas, cada uma das quais com seus próprios elementos ou operações (atos jurídicos), estruturas (normas jurídicas), processos (procedimentos jurídicos) e reflexão da identidade (dogmática jurídica)”. NEVES, Marcelo. Op. cit, p. 70.

circularidade e contracircularidade¹⁷, estruturantes de sistemas sociais parciais autônomos.

Assim, pressupondo-se um modelo de Constituição em sentido moderno, a discussão a partir da conceituação e contextualização do fenômeno da judicialização¹⁸ encontra-se esvaziada, uma vez que pode-se relacionar tais fenômenos com a inafastável pluralidade ordenativa, concretizada a partir de teses equivocadas de confluência de sistemas funcionais parciais autônomos da sociedade¹⁹, dentro do sistema parcial autônomo do Direito.

Também, tal fenômeno pressupõe a existência do fenômeno de Constituição transversal moderna enquanto razão entre Direito e outros sistemas sociais, inclusive além do Estado, que passam a constituir contornos estruturais da reprodução dos processos políticos de busca pelo poder e de tomada de decisões coletivamente vinculantes.

¹⁷ Tal relação de circularidade e contracircularidade é dimensionada pela Constituição como autofundamentação do Direito, fechando o sistema jurídico e pelo fechamento operativo do sistema político através do povo constitucional – e fechamento cognitivo relaciona-se com sua própria abertura cognitiva. O reingresso da política no Direito dá-se mediante procedimentos constitucionais. TEUBNER, Gunther. Op. cit, p. 74.

¹⁸ Como bem formulado por Clarissa Tassinari em: TASSINARI, Clarissa. Ativismo Judicial: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Dissertação de Mestrado a apresentada ao Programa de Pós graduação em Direito da Unisinos em, v. 26, n. 03, 2012.

¹⁹ Ao passo que a Constituição como acoplamento estrutural entre política e direito pode contribuir ou não para a construção de uma racionalidade transversal e ambos os sistemas, destacando-se a segunda hipótese nos casos de tendências à judicialização da política e à politização do direito. TEUBNER, Gunther. Op. cit, p. 76.

Neste sentido, a existência de uma ponte transicional entre sistemas operativos, a ausência de consenso sobreposto²⁰ nas relações intersistêmicas e a presença de dissenso estrutural entre as ordens normativas parciais, são condições de possibilidade da própria existência de tais sistemas, na medida em que decisões majoritárias democraticamente deliberadas, do contrário, estariam fadadas à autodestruição e irracionalidade.

Assim, tal relação intersistêmica proporciona a confluência entre os sistemas sociais, isto é, ocasiona a solução e absorção de conflitos sociais democraticamente deliberados do ponto de vista jurídico, ao mesmo tempo que as relações políticas sofrem influência pelo sistema jurídico, em relação paradoxal de complementação, aprendizado mediante transversalidade reflexiva e tensões recíprocas entre Direito e política, gerando uma dupla legitimação: democrático-política e jurídica.

Dito de outra forma: a legitimação democrático-política sem a legitimação jurídica ocasiona uma ditadura da maioria - próximo ao conceito de “vontade geral” de Jean Jacques Rousseau, no qual cada

²⁰ “Now, that an overlapping consensus is quite different from a *modus vivendi* is clear from our model case. In that example, note two aspects: first, the object of consensus, the political conception of justice, is itself a moral conception. And second, it is affirmed on moral grounds, that is, it includes conceptions of society and of citizens as persons, as well as principles of justice, and an account of the cooperative virtues through which those principles are embodied in human character and expressed in public life. An overlapping consensus, therefore, is not merely a consensus on accepting certain authorities, or on complying with certain institutional arrangements, founded on a convergence of self- or group-interests. All three views in the example affirm the political conception: as I have said, each recognizes its concepts, principles and virtues as the shared content at which their several views coincide. The fact that those who affirm the political conception start from within their own comprehensive view, and hence begin from different premises and grounds, does not make their affirmation any less religious, philosophical or moral, as the case may be.

The preceding two aspects (moral object and moral grounds) of an overlapping consensus connect with a third aspect, that of stability: that is, those who affirm the various views supporting the political conception will not withdraw their support of it should the relative strength of their view in society increase and eventually become dominant. So long as the three views are affirmed and not revised, the political conception will still be supported regardless of shifts in the distribution of political power. We might say: each view supports the political conception for its own sake, or on its own merits; and the test for this is whether the consensus is stable with respect to changes in the distribution of power among views. This feature of stability highlights a basic contrast between an overlapping consensus and a *modus vivendi*, the stability of which does depend on happenstance and a balance of relative forces”. RAWLS, John. *Political liberalism*. Columbia University Press, 2005, p. 64.

Em termos rawlsianos, a estabilidade social é garantida por meio do consenso sobreposto, no qual os cidadãos adotam um conjunto de leis por diferentes razões, apoiando uma concepção política de justiça por motivações próprias, provocando-se um consenso mínimo razoável, o qual afasta orientações irracionais. Tal consenso, em um projeto democrático, deve orientar-se maneira independente de percepções religiosas, filosóficas ou morais.

indivíduo renúncia a determinado grau de seus interesses e direitos em favor da coletividade - ao passo que um sistema jurídico sem legitimidade democrático-política²¹ gera um regime de autocracia, isto é, de um poder absoluto²², de um dogmatismo acerca das ideias do mundo e de imposição da maioria em prol de um modelo de “terror organizado” a serviço dos dogmas que fundamentam o sistema - como nos casos de regimes totalitaristas²³.

2 A ESTABILIZAÇÃO TRANSNACIONAL DO SISTEMA CONSTITUCIONAL NAS SOCIEDADES MULTIFACETÁRIAS

Partindo-se do pressuposto dos Estados perdendo o seu papel de únicos sujeitos de Direito Internacional, com a multiplicação de fontes na sociedade internacional e, da mesma forma, com o espaço do território soberano sofrendo influxos de desterritorialização e transnacionalização, em

²¹ Tal legitimidade em relações de circularidade intersistêmica entre Direito e Política realiza-se tanto no plano da consistência política (autorreferência/input), quanto no plano da adequação social (heterorreferência/output). Contudo, cabe observar que o excesso de legitimidade político-democrática pode ser, inclusive, prejudicial ao Estado do Direito, bem como o desrespeito reitera de suas regras poderão tornar os procedimentos meros “rituais”, ocasionando fenômenos de Constitucionalização Simbólica, conforme observado por Marcelo Neves. NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. Martins Fontes, 2014, p. 85.

²² Assim, explica Neves que: “O excesso de ênfase na consistência jurídico-constitucional pode elevar a graves problemas de inadequação social do Direito, que perde, então, sua capacidade de reorientar as expectativas normativas e, portanto, de legitimar-se socialmente. Por outro lado, um modelo de mera adequação social leva a um realismo inconsistente. Na falta de valores, de morais e de interesses partilhados congruentemente na sociedade moderna supercomplexa, a ênfase excessiva na adequação social tende a levar a subordinação do Direito a projetos particulares com pretensão de hegemonia absoluta. Nesse sentido, embora sempre defeituoso, pois nunca é alcançado plenamente e depende da experiência de cada caso, o equilíbrio entre justiça constitucional interna e externa serve como orientação para os envolvidos na rede de comunicações do sistema jurídico do direito. Trata-se de um paradoxo funcional do direito, pois o aumento da consistência jurídica implica, em regra, a redução da adequação social do direito e vice-versa. Esse paradoxo pode ser processado e solucionado nos casos concretos, mas ele nunca será superado plenamente, pois é condição da própria existência do direito diferenciado funcionalmente”.

Contudo, o limite de tais diferenças assimétrica são limitadas pelas desigualdades abismais no plano dinâmico e estático, desigualdades estas que implicam em privilégios e discriminações juridicamente ilegítimos. NEVES, Marcelo. Op. cit., 90.

²³ STRECK, Lenio Luiz; DE MORAIS, José Luis Bolzan. Ciência política e teoria geral do estado. Livr. do Advogado, 2004.

uma clara tendência de fragmentação espacial²⁴, observa-se a insuficiência do modelo constitucional clássico, orientando-se as expectativas normativas de forma a conceber novos arranjos institucionais necessários à inserção global e a adequação à dinâmica dos novos atores não estatais, com a reformulação da visão da soberania e da autonomia absoluta²⁵.

Nesse sentido, há a necessidade de se observar o papel desempenhado pelas práticas transnacionais que ultrapassam fronteiras geográficas históricas e culturais e, seu âmbito de eficácia com a maior integração da sociedade mundial uma vez que, com a progressiva ausência de limites territoriais, os problemas jurídicos se tornam insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica, tornando-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para o problema²⁶.

Assim, a constituição transconstitucional acaba por se estender para o campo da compreensão dos pressupostos da soberania interna e externa e das relações institucionais de poder permitindo, dentre outros fatores, uma reconfiguração no modelo clássico de soberania, como um elemento de reconhecimento nacional²⁷ o que, diante da fragmentação sistêmica e da desterritorialização da jurisdição, leva à resolução simultânea de problemas jurídicos por diversas ordens jurídicas.²⁸

Portanto, a constituição, em função do surgimento de estruturas fragmentadas, passa a ser vista como sistema de processos múltiplos, simultâneos e iterativos, envolvendo diferentes atores e fluxos em diversas direções²⁹ e, por outro lado, a crescente especialização do direito em diferentes ramos, bem como a maior institucionalização de cortes e tribunais específicos caracteriza, em princípio, um movimento de ruptura e

²⁴ PETERS, Anne. The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper N. 2016-19. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2823512>. Acesso em: 8 set. 2016.

²⁵ RAWLS, John. The law of people. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 15-77.

²⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. Por um direito comum. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 46-306.

²⁷ ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. Virginia Law Review, v. 83, 1997, p. 771-797.

²⁸ KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission. UN Doc. A/CN.4/L.682. 13 abr. 2006, p. 15.

²⁹ KOH, Harold Hongju. Transnational Legal Process. Faculty Scholarship Series Paper, n. 2 096, 1996. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers12096>. Acesso em: 18 jan. 2016.

fragmentação³⁰ o que, naturalmente, acaba por afetar o papel dos sistemas nacionais uma vez que, a exigência de intercâmbio com outras ordens jurídicas, passa a ter a necessidade de determinar a extensão e os limites do impacto transnacional nas ordens domésticas³¹.

Assim, a fragmentação estrutural da decidibilidade dos conflitos normativos, paradoxalmente, é condição de possibilidade para a desfragmentação da sociedade mundial em múltiplos níveis em relações de heterarquias entrelaçadas³² e, deste modo, nesta sociedade multicêntrica e heterárquica, são necessários mecanismos de interpenetrações concentrados e duradouros, com a exclusão da ideia de uma complexidade preordenada, o que permite a construção de uma racionalidade transversal entre esferas autônomas de comunicação da sociedade mundial.

Nesse sentido, esta racionalidade deve atuar como ponte de transição³³, com a auto-observação recíproca sobre temas globalmente enfrentados, em que o conceito de constituição acaba por ser desenvolvido em paralelo com o de sistema transnacional, que compreende as decisões judiciais que se aplicam para além das fronteiras de partes situadas em mais de um Estado soberano - não se enquadrando, dessa forma, na concepção tradicional de jurisdição - e podendo ser construída por instituições multilaterais ou por redes transnacionais, globalmente difundidas³⁴.

Todavia, a constituição, neste quadro de desterritorialização e fragmentação, reflexo da intensificação da interação transfronteiriça caracterizada pela globalização econômica e cultural, realiza-se diferencialmente nas ordens jurídicas por meio de processos de articulação permanente e rearticulação de sua aplicação envolvendo instituições para além da ordem jurídica estatal, e, neste sentido, deve ser a constituição orientada como um processo multidirecional, na medida em que a dimensão

³⁰ PETERS, Anne. The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper N. 2016-19. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2823512>. Acesso em: 8 set. 2016.

³¹ KOH, Harold Hongiu. Op cit.

³² Ao mesmo tempo, o processo de globalização, ao passo que tende a uniformizar as formas de vida das diferentes sociedades, também acaba por criar regimes de especialização e atomização, o que pode gerar certo desequilíbrio normativo e incompatibilidades sistêmicas, na medida em que os ramos específicos do direito, produzam práticas institucionais próprias, o que leva à ideia de que o direito e as práticas judiciais, estão se desenvolvendo de forma fragmentada. Ver em: NEVES, Marcelo. Op. cit, p. 46 e PETERS, Anne. Op cit.

³³ NEVES, Marcelo. Op. cit, p. 55.

³⁴ NEVES, Marcelo. Op cit. 70.

transnacional procura influenciar práticas locais, ao passo que as ordens normativas internas fornecem modelos de reentrada transnacional³⁵.

Assim, a partir do conceito de processos recursivos³⁶ e dinâmicos, que interagem simultânea e ciclicamente, em uma relação que se reforça mutuamente³⁷ e tais processos, por sua vez, proporcionam ciclos recursivos entre ordens normativas nacionais e transnacionais, que se reconstróem e prosseguem em permanente autodescrição e auto-observação, fornecendo modelos que reconfigurem os respectivos papéis do Estado e do ordenamento local, deslocando a fronteira e as formas de Estado ou, em outras palavras, promovendo novas arquiteturas estatais³⁸.

Desta forma, em que pese a fragmentação sistêmica trazer, como consequência, a tendência ao aumento de conflitos normativos e do grau de indecidibilidade das pretensões normativas, diante das mudanças globalizantes ocorridas na sociedade internacional, a

³⁵ WALDRON, Jeremy. Teaching cosmopolitan right. In: MCDONOUGH, Kevin; FEINBERG, Walter (eds.). Education and citizenship in liberal-democratic societies: cosmopolitan values and cultural identities. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 23-55.

³⁶ A recursividade se aproxima, em alguma medida, da tese proposta por Niklas Luhmann. Luhmann sustenta que os sistemas estabelecem um processo de troca entre sistema e meio, bem como que este intercâmbio pressupõe que os sistemas devam ser abertos. A tais ideias, Luhmann agrega o acontecimento comunicativo proveniente da diversidade. Os sistemas abertos respondem a essa referência teórica, na medida em que os estímulos do meio podem modificar a estrutura do sistema. Além do que, para Luhmann, o sistema do direito é um sistema parcial da sociedade. A sociedade é o entorno do sistema do direito, e o direito efetua operações na sociedade. Logo, as operações do direito são operações sociais e trata-se de uma estrutura circular (autopoietico), em que o sistema se produz por meio do sistema em si mesmo, e não por meio de fatores situados no seu meio. Assim, as operações sociais devem ter a capacidade de articular as operações anteriores com as subsequentes, descartando as operações que não lhe pertencem, e, dessa forma, um sistema se produz por meio da comunicação informada. Portanto, o sistema opera de forma comunicativa, protegendo os limites que a própria sociedade traz, e essa comunicação constitui um processo contínuo, produzindo comunicação pela comunicação, independente do consenso - acordo total. Nesse sentido, a unidade de um sistema se produz por operações de sistema - ou cláusulas operativas do sistema - que se forma por meio da comunicação informada, e, assim, o sistema do direito traz e remarca aquilo que deve ser visto no sistema como comunicação jurídica. Logo, por meio da auto-observação do sistema, deve-se observar aquilo que se ajusta ou não a ele, e, portanto, a comunicação possui uma espécie de recursividade, com a qual se pode tanto reconstruir como retroceder, delimitando o que deverá prosseguir. E esta comunicação permanece, sempre, como uma comunicação interior ao sistema, construída pela autodescrição e auto-observação. Logo, deve haver um permanente influxo comunicativo, dada a acelerada evolução social, sob pena de um fechamento cognitivo, que torne o próprio sistema incapaz de realizar a operação autopoietica - isto é, construir suas próprias estruturas - e suas estruturas obsoletas. LUHMANN, Niklas. Das recht der gesellschaft. Frankfurt am Main, v. 115, 1993, p. 120.

³⁷ NEVES, Marcelo. Op. cit, p. 60-75.

³⁸ NEVES, Marcelo. Op cit, p. 78.

própria configuração das ordens operativas autônomas pressupõem a harmonização ordenativa através de estabilização das expectativas normativas próprias, em típicos conflitos intersistêmicos, em uma relação paradoxal de desintegração para integração³⁹.

Neste sentido, tal tendência de conversação constitucional por meio de heterarquias entrelaçadas mitiga resultados conflitantes, provenientes da análise de um mesmo assunto por cortes distintas, o que impacta substancialmente no processo de fragmentação, de forma a tornar o sistema mais coerente, pela interação, principalmente entre cortes, buscando a interconexão dos sistemas jurídicos, que produzem racionalidades distintas, mas representativas de valores que procuram se afirmar globalmente⁴⁰.

Portanto, a partir da divergência como condição de possibilidade da convergência do de um modelo de constitucionalismo global em múltiplos níveis⁴¹, o estabelecimento de heterarquias entrelaçadas tem o potencial de preservar a unidade do sistema jurídico transnacional em face da fragmentação, com um efeito integrador⁴², em que a diferenciação e autonomização sistêmica demonstram que na atual arquitetura global⁴³, a discussão estabelecida pelo direito interno apresenta-se insuficiente, emergindo-se novas perspectivas de relações entre sujeitos transnacionais e ordens normativas estatais.

Assim, a ausência de um órgão centralizador controlador, de onde a sociedade poderia ser regulada, poderia sugerir a ausência de decibilidade dos conflitos político-jurídicos, em que a diferenciação imanente inerente à própria sociedade e o seu caráter reflexivo, comporta uma fragmentação interna do próprio Direito⁴⁴, proporcionando sua mutabilidade e adaptabilidade frente à realidade social.

³⁹ KOSKENNIEMI, Martti. Op. cit, p. 45.

⁴⁰ PETERS, Anne. Op cit.

⁴¹ Tal como propõe Anne Peters. The merits of global constitutionalism. Indiana Journal of Global Legal Studies, v. 16, n. 2, p. 397-411, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1492141>. Acesso em: 5 mar. 2016.

⁴² Este efeito integrador funcionaria mesmo se os tribunais não necessariamente citassem uns aos outros com o propósito de comunicação (dialógico), mas sim por razões muito diferentes (tais como ganhar aceitação pelos colegas), e mesmo que as citações sejam seletivas. PETERS, Anne. Op. cit.

⁴³ PETERS, Anne. Op cit.

⁴⁴ Chegando Teubner a afirmar a fragmentação da própria Modernidade, em uma visão tipicamente Pós-Moderna, chamado por Teubner de Modernidade Tardia (*spatmoderne*), a partir do pressuposto da crise do Constitucionalismo Moderno. TEUBNER, Gunther. Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization. Oxford University Press, 2012, p. 204.

Contudo, tal internalidade afigura-se além da realidade do fenômeno jurídico, alcançando os demais sistemas sociais e jurídicos, através do caráter transindividual e dos efeitos extraterritoriais dos Estados Nacionais, estabelecendo-se constituições setoriais parciais (*transnationale teilbereichsverfassungen*)⁴⁵, sob pena de formar-se “ilhas constitucionais”⁴⁶, de maneira operativamente autônoma — com os efeitos opostos do modelo tradicional de soberania⁴⁷, em relações de heterarquias entrelaçadas perante ordens jurídicas estatais, com funcionalização paradoxal da jurisdição desintegrada do modelo de decidibilidade interno, mas integrado por um modelo de “sistema mundial de níveis múltiplos”.

Assim, a crise do constitucionalismo moderno, seja pela privatização do político -entendida como a existência de problemas constitucionais fora do setor político institucionalizado, dado pela desconstitucionalização do Estado Nacional⁴⁸ - seja pelo problema da transnacionalização e pela dificuldade de legitimação democrática - entendido como a existência de problemas constitucionais fora das fronteiras do Estado Nacional em processos políticos transnacionais - modifica a agenda do constitucionalismo, que passa a contar com a necessidade de reformar os fundamentos da ordem constitucional existente, particularmente pela limitação de externalidades negativas das dinâmicas sociais liberadas por regras constitucionais político-jurídicas transnacionais e não-estatais.

Portanto, tais elementos, que reagem à busca de um padrão de desequilíbrio dinâmico entre desenvolvimentos contraditórios, não poderia resultar em uma sobrecarga recíproca que perpassse os limites da capacidade adaptativa estrutural dos sistemas funcionais chegando

⁴⁵ TEUBNER, Gunther. Op cit, p. 18.

⁴⁶ NEVES, Marcelo. Op cit, p. 88.

⁴⁷ Entendendo a soberania no sentido de Miguel Reale, isto é, como poder que tem uma nação de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência, pode-se ter, a partir da observação de Celso Fernandes Campilongo, que a “sobrecarga” da regra da maioria sobre as instituições dos sistemas sociais parciais pode acarretar no esvaziamento dos efeitos pretendidos pelo seu ideal democrático inicial. REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. Saraiva Educação SA, 2007. CAMPILONGO, Celso Fernandes; FARIA, José Eduardo. Direito e democracia: a regra da maioria como critério de legitimação política. 1992.

⁴⁸ Tal processo de “desconstitucionalização do Estado nacional” não afastaria a eficácia potencial das Constituições em suas dimensões internas, mas apontaria tão somente para a insuficiência da dimensão constitucional interna para a resolução de problemas relacionados ao modelo de Constitucionalismo Global, tal como proposto por Anne Peters, exigindo-se contínua adaptatividade dos processos constitucionais internos perante ao processo jurídico de integração entre os sistemas jurídicos parciais e globais.

até em sua própria diferenciação (*die Gesellschaft*), ou seja, a ausência de percepção das externalidades negativas dos sistemas sociais pode gerar potenciais autodestrutivos e potencializar um processo evolutivo cego, a partir de uma autoglobalização, com a ausência de percepção das tendências expansivas dos sistemas parciais globais autonomizados, o que pode limitar o potencial de aprendizado coletivo em nível global.

Desta feita, apesar da pretensão ilusória de uma constituição mundial cosmopolita, a ideia de um direito constitucional global de colisões (*verfassungskollisionsrecht*) se mostra plenamente viável, tendo em vista a concretização da fragmentação, ou seja, a ideia de uma “constituição mundial”, pode ser buscada pela interligação das constituições próprias dos fragmentos globais — das nações, dos regimes transnacionais, das culturas regionais — formando um direito constitucional de colisões⁴⁹.

Logo, não é apenas decisivo que os setores da sociedade mundial dotados de atuação autônoma insistam, com persistência, em Constituições próprias que concorram com as Constituições dos Estados nacionais, mas também que se identifique, a partir da observação de diferentes culturas regionais assentadas sobre diretrizes de organização social fundamentalmente diferentes, padrões e similitudes nos processos integrativos das constituições setoriais parciais, a fim de proporcionarem influência recíproca, em processos de complementação e suplementação.

A partir de tal constatação, a possibilidade do fenômeno de autoconstitucionalização (*selbkstitutionalisierung*) de ordens globais sem Estado— ordens estas que se emancipam do consenso de seus fundadores, sejam estas organizações públicas ou privadas - permitem o fenômeno de constituições transnacionais, como ordens normativas privadas ou quase públicas que surgem e se desenvolvem no plano global independentemente tanto do Estado e de suas fronteiras, quanto de ordens construídas com base em Estados, ou seja, supranacionais e internacionais.⁵⁰

⁴⁹ TEUBNER, Gunther. Op. cit, p. 88.

⁵⁰ TEUBNER, Gunther. Op. cit, p. 88.

Portanto, pode-se estabelecer a partir do conceito de dupla contingência⁵¹, a garantia de legitimidade/reconhecimento autocatalisadora dos sistemas sociais, como condicionante de si mesmo em um círculo autorreferencial, implica uma certa capacidade de encontrar, dentro da ordem do outro, os elementos que possam servir para a sua autotransformação, no sentido de um primeiro passo para o diálogo transconstitucional.

Assim, a partir da dupla contingência, legitima-se a tese do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas, como modelo superativo das relações clássicas de soberania e de solução de controvérsias a partir e somente através da ordem normativa interna, em que a diferenciação interna dos sistemas jurídicos, resulta de uma pluralidade de ordens parciais, cada uma das quais com seus próprios elementos ou operações⁵².

Ao mesmo tempo, o transconstitucionalismo⁵³ pressupõe uma diferenciação externa entre ordens jurídicas transnacionais, de forma independente de sua diferenciação interna, a partir da dupla diferenciação, em um processo de relativa independência uma vez que, apesar da

⁵¹ A partir da interpretação de Raf Vanderstraeten, pode-se conceituar a dupla contingência como estímulo para a reestruturação e recondicionamento dos próprios processos dos sistemas sociais autônomos. A dupla contingência é consequência da dependência mútua entre *alter* e *ego*, por meio da confrontação entre dois sistemas sociais autônomos que fazem suas próprias seleções em relações de influência recíproca, por meio de processos recursivos de auto-observação de um sistema ao outro – e vice versa. Sobre a influência do conceito de dupla contingência na formação dos sistemas sociais em Luhmann, pode-se ter que a dupla contingência inicia o processo de comunicação, a qual invariavelmente forma e formata os sistemas sociais como sistemas de seletividade recíproca.

“The condition of double contingency initiates communication, and this communication inevitably constitutes a social system as a network of meaningful reciprocal selections – which reproduces the very problem of double contingency [...]”

The double contingent character of social interaction is, mutatis mutandis, a consequence not of the mutual dependency of ego and alter, but of the confrontation of at least two autonomous systems that make their own selections in relation to one another [...]

This point of view implies that social interaction constantly reproduces its own double contingent character. Following Luhmann, social systems use double contingency as stimulus for the restructuring or reconditioning of their own processes”. VANDERSTRAETEN, Raf. *Parsons, Luhmann and the theorem of double contingency. Journal of Classical Sociology*, v. 2, n. 1, p. 77-92, 2002.

⁵² NEVES, Marcelo. Op. cit, p. 99.

⁵³ “O transconstitucionalismo, como modelo de entrelaçamento que serve à racionalidade transversal entre ordens jurídicas diversas, abre-se a uma pluralidade de perspectivas para a solução de problemas constitucionais, melhor adequando-se às relações entre ordens jurídicas do sistema jurídico hierárquico da sociedade mundial”. NEVES, Marcelo. Op. cit, p. 90.

autonomia decorrente da ordem normativa, há o relacionamento com as demais ordens, através de comunicações transversais interfronteiriças⁵⁴.

Há portanto, uma relação circular entre ordem receptora e ordem transmissora a partir de uma fertilização constitucional cruzada⁵⁵, com a incorporação recíproca de conteúdos e a reconstrução de sentido, que envolve uma certa desconstrução do outro e uma autodesconstrução de conteúdos de sentido do “outro”, que são desarticulados e rearticulados internamente, a partir de um sistema mundial de níveis múltiplos.⁵⁶

Assim, deve-se afastar qualquer espécie de suficiência de construções Hércules⁵⁷ ou de monismos metodológicos - construtivismos extremistas/autistas - uma vez que definida a escolha política-jurídica, a respectiva ordem ficaria “cega” à concorrência de outras ordens, o que afastaria a possibilidade de acoplamentos entre sistemas normativos.

Ademais, a tendência de transteriorialização dos problemas jurídicos - a mais de uma ordem normativa e a ultrapassagem do âmbito de validade específico da ordem normativa interna⁵⁸ - tendenciam ao surgimento de colisões e as limitações do transconstitucionalismo na sociedade mundial assimétrica.

⁵⁴ Com base nesta tese, Neves refuta a nomenclatura “Direito Constitucional Internacional: “A nosso ver não existe um D. Constitucional Internacional por falta de um objeto definido e método próprio. O que existe são normas constitucionais de alcance internacional que devem ser analisadas em cada caso procurando compatibilizar os dois ramos da Ciência Jurídica”. NEVES, Marcelo. Op. cit, p. 58.

⁵⁵ Termo designado também para definir aquilo que Marcelo Neves chama de “cross-constitucionalismo”, isto é, um modelo de constitucionalismo adaptado às necessidades contemporâneas, concretizado pelo diálogo de sistemas jurídico-constitucionais objetivando-se o aprendizado, validação e auto-observação do processo de funcionalização dos sistemas jurídicos setoriais relativamente autônomos. Importa observar que este fenômeno não se realiza somente no âmbito público, mas também sofre influência direta das relações de entes privados. NEVES, Marcelo. Op. cit, p. 55

⁵⁶ NEVES, Marcelo. Op. cit, p. 54.

⁵⁷ “Também inversamente, quando ‘as cortes partem de uma presunção de identidade, pois elas se examinam reciprocamente de acordo com os mesmos critérios que elas aplicariam para outros tribunais domésticos nas mesmas circunstâncias’, há uma desconsideração da dupla contingência, tendo em vista a crença ilusória em uma comunidade de perspectivas de interpretação normativa e compreensão de casos, a encobrir a diversidade de posturas de observação dos conflitos a partir das diferentes ordens jurídicas e respectivas cortes”. NEVES, Marcelo. Op. cit, p. 85.

⁵⁸ “São situações em que é invocado mais de um tribunal para a solução do caso, sem que, necessariamente, existam normas de solução de conflitos de competência ou, em havendo essas, sem que haja convergência em torno delas por parte dos respectivos tribunais”. NEVES, Marcelo. Op. cit, p. 105.

Além disso, ao lidar com temas essenciais, a exigência de respeito aos termos equitativos de cooperação social, selecionados como resultado de um processo de deliberação racional, permitiriam a estabilização transnacional do sistema constitucional nas sociedades multifacetárias, como fator de integração sistêmica da sociedade hipercomplexa da atualidade, tendo na assimetria de formas sua condição negativa de possibilidade.

Portanto, o transnacionalismo, enquanto espaço privilegiado de solução de controvérsias, a partir de conversações e entrelaçamentos constitucionais e de razões transversais para a construção de um modelo de pós-soberania, pode ser compreendido como complementariedade entre identidade e alteridade, em uma relação circular, para lidar com problemas hidraconstitucionais, dada a articulação de observações recíprocas entre ordens jurídicas da sociedade.

CONCLUSÃO

Em um primeiro momento, o trabalho tratou da evolução do constitucionalismo antigo ao transconstitucionalismo, estando este último em compatibilidade com a dinâmica sociedade contemporânea, a partir da jurisdição como diálogo aprofundado, estruturado a partir da

projeção nas cortes constitucionais⁵⁹, como resultado, do pluralismo e do consensualismo, arquitetados a partir de uma cadeia de reconhecimento cosmopolita e da relação intersistêmica apta a gerar confluência entre os sistemas sociais, isto é, apta a ocasionar a solução e absorção de conflitos sociais democraticamente deliberados do ponto de vista jurídico e, ao mesmo tempo, do ponto de vista político, em relação paradoxal de complementação, através de aprendizado, transversalidade reflexiva e tensões recíprocas entre Direito e política, gerando uma dupla legitimação: democrático-política e jurídica.

Ademais, neste diálogo global, o uso de decisões transnacionais na tomada de decisões locais, permite a incorporação de novos pontos de vista aos intérpretes jurisdicionais, a partir de mecanismos de reciprocidade, persuasão e aculturação, em que a referência à cortes transnacionais providenciam uma ferramenta adicional e potencialmente útil à medida que o Poder Judiciário tenha que lidar com questões complexas semelhantes, em uma saudável fertilização cruzada de ideias e abordagens, em que, ao termo, esta concepção ajude a corte constitucional doméstica a analisar a questão

⁵⁹ A atuação das cortes no exercício do controle de constitucionalidade, na tipologia proposta por Katherine Young, pode seguir alguns modelos, como o deferencial, em que o tribunal assume maior autoridade no processo de tomada de decisão dos ramos eleitos e na interpretação dos direitos socioeconômicos. Em tal modelo a Corte Constitucional apenas interfere em casos de evidente erro legislativo (*Soobramoney v. Minister of Health*), observando-se, contudo, o risco de abdicação judicial provocado por tal modelo (*danger of judicial abdication*) no tocante às obrigações mínimas (*minimum core*) na garantia de direitos socioeconômicos – o que poderia provocar um problema, por exemplo, no caso do apartheid. Já no modelo conversacional, há a dependência da capacidade de interdisciplinaridade entre órgãos institucionais para, através do diálogo, resolver a determinação dos direitos, mediante negociação entre a Corte Constitucional e os ramos eleitos da República, possibilitando a discordância pelos ramos eleitos das decisões proferidas pela Corte Constitucional (*Treatment Action Campaign case*). Por sua vez, o modelo experimentalista, trata de um modelo dinâmico e sistemático de adjudicação de direitos socioeconômicos no qual o tribunal pretende envolver as partes participantes na resolução provisória do conflito e garantia do direito, acentuando-se o grau de pressão para a resolução do conflito, mediante um assentamento de uma política razoável de formar a pressionar as instituições na adjudicação dos direitos socioeconômicos, podendo-se, inclusive, chegar a meios alternativos de resolução de conflitos. (*Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers*). O modelo gerencial: ocorre quando o tribunal assume responsabilidade direta pela interpretação dos contornos substanciais dos direitos previstos (*policy-making judges*), exercendo a Corte Constitucional um papel de supervisão e coordenação de uma política pública até então ineficaz, de forma a proteger um direito fundamental constitucionalmente previsto (*Residents of Joe Slovo Community Western Cape v. Thubelisha Homes*). Por fim, no modelo peremptório, o tribunal registra sua superioridade na interpretação do direito, bem como pelo comando e controle de uma resposta imediata, podendo-se a Corte Constitucional estabelecer uma nova legislação, independente de consulta prévia. YOUNG, Katharine G. A typology of economic and social rights adjudication: Exploring the catalytic function of judicial review. *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n. 3, p. 385-420, 2010.

sob uma perspectiva diferente, em um interação que, em contrapartida, aumenta o reconhecimento das decisões tomadas pelas cortes do sistema jurídico transnacional. Por conseguinte, o diálogo transnacional entre cortes constitucionais, contribui para uma justiça em escala global e para o respeito recíproco na comunidade internacional, na medida em que os empréstimos transnacionais e a construção de uma autoconsciência global judicial, acaba por gerar certo consenso internacional sobre determinadas questões na jurisdição constitucional.

Em um segundo momento, buscou-se contrastar o modelo clássico de jurisdição e o constitucionalismo clássico com a emergência de um novo modelo de jurisdição compatível com as novas demandas globais e do constitucionalismo moderno, bem como da crise do constitucionalismo moderno, seja pela privatização do político - entendida como a existência de problemas constitucionais fora do setor político institucionalizado, dado pela desconstitucionalização do Estado Nacional - seja pelo problema da transnacionalização - entendido como a existência de problemas constitucionais fora das fronteiras do Estado Nacional em processos políticos transnacionais - que modifica a agenda do constitucionalismo, o qual passa a contar com a necessidade de reformar os fundamentos da ordem constitucional existente, particularmente pela limitação de externalidades negativas das dinâmicas sociais liberadas por regras constitucionais político-jurídicas transnacionais e não-estatais. Assim, a partir de tais mudanças proporcionadas pela própria reconfiguração da sociedade global, pode-se propor a ideia de um direito constitucional global de colisões (*verfassungskollisionsrecht*), tendo em vista a concretização da fragmentação, ou seja, a ideia de uma “constituição mundial”, buscada pela interligação das constituições próprias dos fragmentos globais - das nações, dos regimes transnacionais, das culturas regionais. Assim, esta troca profícua entre cortes constitucionais, permite a oxigenação de ideias e paradigmas, ampliando o leque de referenciais e fundamentos utilizados pela jurisprudência local o que, ao cabo, exerce um papel nodal na unidade, legitimidade e racionalidade das decisões domésticas, por meio deste diálogo transnacional.

Conclusivamente, o trabalho teve como hipótese e teses conclusivas a possibilidade da concretização do transnacionalismo enquanto instância de conversações e entrelaçamentos constitucionais e de razões transversais para a construção de um modelo de pós-soberania, pode ser compreendido como complementariedade entre identidade e alteridade, em uma relação

circular, para lidar com problemas hidraconstitucionais, dada a articulação de observações recíprocas entre ordens jurídicas da sociedade., bem como a idealização e estabilização de um modelo de direito constitucional global de colisões (*verfassungskollisionsrecht*), tendo em vista a concretização da fragmentação, ou seja, a ideia de uma “constituição mundial buscada através da interligação das constituições próprias dos fragmentos globais - das nações, dos regimes transnacionais, das culturas regionais, isto é, a partir de um modelo reconfigurativo de soberania adequada aos novos conflitos globalizantes, como um modelo geral de direito constitucional de colisões como condição essencial de confluência e autonomia relativa dos âmbitos supranacionais.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. New separation of powers. **Harvard Law Review**, v. 133, p. 633, 2000.

ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. **Virginia Law Review**, v. 83, p. 771-797, 1997.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia: a regra da maioria como critério de legitimação política**. 1992.

CHILDRESS III, Donald E. Using Comparative Constitutional Law to Resolve Domestic Federal Questions. **Duke Law Journal**, n. 53, 2003, p. 221.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Tradução Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 146.

KERSCH, Ken I. The New Legal Transnationalism, the Globalized Judiciary and the Rule of Law. **Washington University Global Studies Law Review**, n. 4, 2005, p. 345.

KOH, Harold Hongju. Transnational Legal Process. **Faculty Scholarship Series Paper**, n. 2 096, 1996. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers12096>. Acesso em: 18 jan. 2016.

KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. **Report of the Study Group of the International Law Commission**. UN Doc. A/CN.4/L.682. 13 abr. 2006, p. 15.

MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. A jurisdição globalizada e a consistência argumentativa entre Cortes constitucionais no diálogo transnacional. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 3, 2015, p. 961-998.

MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. O diálogo institucional entre Cortes constitucionais: uma nova racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 2, 2014, p. 967-1006.

MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. O diálogo institucional entre Cortes locais e Cortes transnacionais. **Revista da Advocacia-Geral da União**, v. 134, 2013, p. 1.

MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 1, 2014, p. 1-46.

MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. The Transnational Institutional Dialogue in Belo Monte Dam Case. **Veredas do Direito**, v. 9, 2012, p. 117.

PETERS, Anne. The merits of global constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 16, n. 2, p. 397-411, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1492141>. Acesso em: 5 mar. 2016.

PETERS, Anne. The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization. **Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)** Research Paper N. 2016-19. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2823512>. Acesso em: 8 set. 2016.

NEVES, Marcelo. Comparando transconstitucionalismo em uma sociedade mundial assimétrica: pressupostos conceituais e ponderações autocríticas. **Revista da Advocacia-Geral da União**, v. 14, n. 3, jul.-set., 2015.

NEVES, Marcelo. Justiça e diferença numa sociedade global complexa. In: SOUZA, Jesse (Org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: UnB, 2001, p. 329-363.

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

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. Martins Fontes, 2014, p. 85.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003, p. 34.

RAWLS, John. A ideia de razão pública revisitada. **Democracia deliberativa**. São Paulo: Esfera Pública, p. 77-101, 2007.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. **The law of people**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

RAWLS, John. **Political liberalism**. Columbia University Press, 2005, p. 64.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. Saraiva Educação SA, 2007.

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.

SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito: primeiras lições**. Lumen Juris, 2007, p. 49.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. **Harvard International Law Journal**, v. 44, p. 191, 2003.

STRECK, Lenio Luiz; DE MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria geral do estado**. Livraria do Advogado, 2004.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós graduação em Direito da Unisinos.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power**. New York University, 1997, p. 13.

TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between Courts and Legislatures. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 4, 2005.

VANDERSTRAETEN, Raf. Parsons, Luhmann and the theorem of double contingency. **Journal of Classical Sociology**, v. 2, n. 1, p. 77-92, 2002.

WALDRON, Jeremy. Teaching cosmopolitan right. In: MCDONOUGH, Kevin; FEINBERG, Walter. (Eds.) **Education and citizenship in liberal-democratic societies: cosmopolitan values and cultural identities**. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 25-35.

WALDRON, Jeremy. Minority cultures and the cosmopolitan alternative. **University of Michigan Journal of Law Reform**, v. 25, p.751-778, 1991-1992.

YOUNG, Katharine G. A typology of economic and social rights adjudication: Exploring the catalytic function of judicial review. **International journal of constitutional law**, v. 8, n. 3, p. 385-420, 2010.