Transconstitucionalismo entre ordens jurídicas

Direção Editorial

Lucas Fontella Margoni

Comitê Científico

Prof. Dr. José Francisco Dias da Costa Lyra
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)

Prof. Dr. Guilherme de Azevedo
Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos)

Prof. Dr. Gilmar Antônio Bedin
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)
Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ)

Transconstitucionalismo entre ordens jurídicas

Forma de alteridade no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos

Péricles Stehmann Nunes
José Francisco Dias da Costa Lyra

Diagramação: Marcelo A. S. Alves
Capa: Carole Kümmecke - https://www.behance.net/CaroleKummecke

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.

Todos os livros publicados pela Editora Fi
estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR

http://www.abecbrasil.org.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

NUNES, Péricles Stehmann; LYRA, José Francisco Dias da Costa

Transconstitucionalismo entre ordens jurídicas: forma de alteridade no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos [recurso eletrônico] / Péricles Stehmann Nunes; José Francisco Dias da Costa Lyra -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

186 p.

ISBN - 978-85-5696-447-2

Disponível em: http://www.editorafi.org

1. Direito. 2. Teoria Sistêmica. 3.Acoplamento Estrutural. 4. Racionalidade Transversal.
5. Transconstitucionalismo. 6. Diálogo Transconstitucional. I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:
1. Direito 340

Para Marco Nunes, Emília Stehmann, Gláucia Nunes e Thaís Ruaro, minha família, que consolidam a essência de gratidão e amor.

Péricles

Para Alessandra Lyra e Sandra Kirchhof, meus amores.

José Francisco

Sumário

Apresentação - Gilmar Antonio Bedin **11**

1 ..... **15**
Introdução

2 ..... **19**
A compreensão de estado democrático de direito na teoria sistêmica

2.1 A Positividade do Direito e a Autopoiese do Sistema Jurídico 19

2.2 Diferenciação entre Direito e Poder Político 38

2.3 Constituição como Acoplamento Estrutural entre Política e Direito 53

3 ..... **69**
Constituições transversais no sistema jurídico contemporâneo ao transconstitucionalismo entre ordens jurídicas

3.1 Do Acoplamento Estrutural à Racionalidade Transversal 70

3.2 O Diálogo Transconstitucional entre Ordens Jurídicas 91

3.3 O Transconstitucionalismo Pluridimensional no Sistema Jurídico Mundial de Níveis Múltiplos 106

4 ..... **123**
O diálogo transconstitucional como condição de efetivação dos direitos humanos e direitos fundamentais na sociedade mundial

4.1 Relação Transconstitucional entre a Ordem Jurídica Estatal Brasileira e as Ordens Extraestatais de Coletividades Nativas 123

4.2 Transconstitucionalismo entre Cortes Constitucionais e o Supremo Tribunal Federal 138

4.3 O Transconstitucionalismo entre Ordens Jurídicas Estatais e Privadas: a eficácia horizontal dos direitos fundamentais em face da *Lex Mercatoria* 153

5 ..... **175**
Conclusão

Referências **179**

Apresentação

Gilmar Antonio Bedin [1]

A segunda metade do Século 20 e os primeiros anos do presente século se caracterizaram por serem um tempo histórico de grandes transformações. Essas transformações tiveram impactos relevantes em praticamente todos os setores da vida humana e impulsionaram profundas alterações na forma de funcionamento da sociedade e de suas instituições. Além disso, impulsionaram a emergência de novas formulações teóricas e de novos conceitos. A Ciência Jurídica e o direito não ficaram imunes a essa mutação histórica.

Uma prova da referida transformação é a publicação, entre outros, do presente livro. De fato, essa obra, além da sua qualidade acadêmica, tem como característica fundamental a compreensão da nova forma de configuração do direito nesse novo momento histórico e suas conexões com a garantia dos direitos fundamentais e seus vínculos com o Estado Democrático de Direito. A iniciativa tem como matriz teórica central a teoria dos sistemas, de Niklas Luhmann, e o transconstitucionalismo, de Marcelo Neves.

A iniciativa é, portanto, ousada e atual. A busca é pela compreensão do atual entrelaçamento de ordens jurídicas existentes e, em consequência, por refletir, mesmo que indiretamente, sobre as profundas transformações que ocorreram nas últimas décadas na forma de funcionamento da sociedade mundial e suas implicações para o mundo jurídico. Nesse contexto, a obra destaca que o Estado deixa de ser um *locus* privilegiado de resolução dos conflitos, levando a substituição do constitucionalismo nacional pelo chamado

---

[1] Doutor em Direito do Estado. Professor dos Programas de Pós-graduação da URI e da UNIJUÍ

transconstitucionalismo pluridimensional. Isto é, por um sistema jurídico constitucional mundial complexo, de múltiplos níveis, e emancipado do marco jurídico do Estado.

Mas, como entender a busca dos autores? Qual é o pressuposto da presente obra? Qual é a modificação fundamental processada no mundo atual que permitem as reflexões dos autores? Essas perguntas são fundamentais e suas respostas constituem uma verdadeira chave interpretativa para a compreensão do presente livro. O ponto de partida é que as transformações das últimas décadas romperam com o acoplamento central de referência fixado pelo mundo moderno. Mas, qual foi esse acoplamento? Esse acoplamento foi a forte convergência entre uma forma de poder (a soberania), uma forma geográfica (o território) e uma forma de divisão da população mundial (a nação). Mas, isso, de fato, foi importante?

Sim. A referida convergência foi muito importante e produziu o conceito político chave do mundo moderno (o conceito de Estado-nação) e sua forma jurídica específica (o constitucionalismo nacional). Isso agora está em franco declínio e suas implicações são profundas, pois permitem a superação da sociedade internacional na sua conformação clássica (uma sociedade relacional e fragmentada em vários Estados soberanos) e sua crença mais profunda de uma clara distinção entre o mundo interno e o mundo externo.

Nesse processo, foi fundamental o surgimento dos novos atores internacionais (como as organizações internacionais, as empresas transnacionais e as organizações não-governamentais internacionais) e a crescente proteção internacional dos direitos humanos. O resultado foi a criação de novos vínculos políticos de alcance global e o fortalecimento das diversas formas de cooperação internacional e de interdependência global.

Com isto, a sociedade mundial adquiriu uma maior complexidade e uma nova configuração. Essa nova configuração se distingue por fluxos mundiais muito mais intensos e reiterados,

passando a ser caracterizada por diferentes componentes específicos:

> a) São fluxos que possuem múltiplos canais de conexão, que incluem tanto nexos informais entre elites estatais como a colaboração entre elites não-governamentais e elites transnacionais. Esses canais podem apresentar-se como relações tipicamente interestatais ou como relações transnacionais. As relações interestatais são os canais normais de relações internacionais entre governos dos Estados; as relações transnacionais são relações estabelecidas para além dos governos dos Estados e seus interesses específicos.
>
> b) São fluxos que possuem, como agenda, uma multiplicidade de temas, que não estão hierarquizados. Isso significa que os temas clássicos da sociedade internacional perderam relevância e que novos temas, típicos do direito interno (como a proteção dos direitos humanos), passaram a ser priorizados e ganham um forte componente estratégico. Com isso, a diferenciação entre temas internos e externos fica bastante diluída.
>
> c) São fluxos em que a força militar é poucas vezes empregada pelos países contra outros da região ou da aliança de que o Estado faça parte. Nesse sentido, a força militar passa a ser irrelevante para resolver muitos problemas internacionais, com destaque para os desacordos sobre questões econômicas e questões comuns aos diversos Estados.

Assim, essa nova realidade permitiu o deslocamento de uma sociedade centrada no Estado e no conceito de soberania para uma sociedade mundial muito mais integrada planetariamente. Em consequência, os novos atores internacionais se tornaram muito mais importantes, deslocando o centro das relações internacionais da coexistência múltiplas dos Estados para uma convivência mais profunda e marcada por fluxos além-fronteiras estatais. Dito de outra forma, fez emergir uma forma de sociedade mais complexa e integrada globalmente, na qual seus fluxos nem sempre passam pelo

controle estatal (que passa a ser secundário) e nem respeitam seus territórios ou suas fronteiras.

Esta nova configuração consolida o processo de declínio da soberania do Estado e impulsiona a emergência de novos centros de poder e a multiplicação dos lugares de produção do direito e a diversificação, em diversos níveis, da convivência de diferentes ordens jurídicas. Essa é uma grande mudança histórica. Daí, portanto, a constatação dos autores que o mundo ficou mais complexo e que o entrelaçamento dos grandes problemas da humanidade somente podem ser solucionados pelo desenvolvimento de relações políticas interconectadas globalmente e por ordens jurídicas transconstitucionais.

Em outras palavras, a solução dos problemas da humanidade depende cada vez mais do aprofundamento de relações políticas de alcance global (com o envolvimento de muitos atores) e da busca da crescente integração, sem hierarquia, das diferentes ordens jurídica transversais. Daí a defesa feita pelos autores do necessário respeito a alteridade das diferentes ordens jurídicas e do entrelaçamento entre as nações, como forma de gerar proximidade cultural e garantir universalidade aos direitos humanos em escala planetária.

Esse é, portanto, o ponto de partida da presente obra.

Boa leitura a todos.

1

Introdução

A compreensão sistêmica do direito é inseparável do modelo de evolução social como ampliação da complexidade que conduz à diferenciação funcional. De acordo com os ensinamentos sistêmicos, a evolução surge no campo ilimitado dos "mundos possíveis". Essa transformação evolutiva ocorre quando aquilo que é divergente passa a integrar a estrutura sistêmica. Perante a percepção luhmanniana, discute-se a variação evolutiva no que tange à esfera jurídica, no tocante aos elementos apresentados como comunicações (elementos) e expectativas (estruturas).

O fenômeno da globalização é um grande acontecimento social, político e econômico que, pensando-se no mundo configurado por um sistema global, faz-se um dos mais significativos avanços das sociedades das últimas três décadas, e uma das mais crescentes acelerações em todos os setores da vida. Com a globalização, conformou-se a ideia de que o mundo passa a ser entrelaçado entre todos os seus habitantes. Assim, os problemas dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos tornaram-se globalizados, de tal maneira que o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentar as adversidades advindas dessa nova realidade mundial.

Desvinculando-se a noção de direito constitucional do constitucionalismo clássico, ou seja, de um conceito associado a um determinado Estado exclusivamente, sendo os problemas normativos ligados a uma dimensão territorialmente delimitada,

com o propósito de determinar coercivamente os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, limitar e controlar o poder estatal expansivo e, ao mesmo tempo, garantir a sua eficiência organizacional, parte-se da ideia de que, com o tempo, o desenvolvimento das relações transterritoriais com implicações normativas fundamentais levou à necessidade de abertura do constitucionalismo para além do Estado.

As reflexões e análises constantes no presente trabalho utiliza como base teórica o diálogo constitucional de âmbito transnacional, conforme desenvolvido na obra de Neves[1], a qual diz respeito ao transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Ainda, os embasamentos teóricos se sustentam em certos traços básicos da teoria dos sistemas luhmanniano, a fim de facilitar a compreensão da abordagem sobre o Estado Democrático de Direito.

O transconstitucionalismo parte da existência de uma sociedade mundial, que tem em sua intensificação o efeito comumente intitulado globalização, fortalecendo-se a ideia de que, embora os Estados não possam afastar o direito constitucional clássico, o constitucionalismo abre-se para esferas além do Estado, não propriamente porque surjam outras Constituições (não estatais), mas sim porque os problemas eminentemente constitucionais, especialmente os referentes aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, perpassam simultaneamente ordens jurídicas diversas, que atuam entrelaçadamente na busca de soluções.

O "diálogo" ou "conversação" entre cortes proposta por Neves[2], sendo uma comunicação transversal que perpassa fronteiras entre ordens jurídicas, sempre terá a tendência do conflito e da disputa. A grande mudança do transconstitucionalismo é colocar nessas trocas uma relação de bilateralidade, numa verdadeira

---

[1] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 249.

[2] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 117.

conversa em que há desconstrução do outro e autodesconstrução que exigem soluções fundadas no entrelaçamento entre ordens jurídicas. Para Neves, essa situação importa "[...] relações de observação mútua, no contexto da qual se desenvolvem formas de aprendizado e intercâmbio, sem que se possa definir o primado de uma das ordens, uma *'ultima ratio'* jurídica".[3]

Também é relevante perceber que "quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos se submetem ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a 'conversação' constitucional é indispensável". O transconstitucionalismo, portanto, afigura-se como o direito constitucional do futuro, exigindo um maior grau de interdisciplinaridade.

Tendo em vista que o trabalho segue modelos teóricos conceitualmente muito complexos e abrangentes, dedicamo-nos à exposição de alguns de seus aspectos mais relevantes divididos em três capítulos. O primeiro capítulo busca compreender a teoria sistêmica luhmanniana a partir das análises da evolução do Estado Democrático de Direito, partindo da diferenciação entre direito e poder político, com a diferença paradigmática de "sistema/ambiente" da autopoiese dos sistemas sociais, a fim de compreender os problemas que se referem ao conceito de acoplamento estrutural ligados à Constituição.

No segundo capítulo, trabalha-se com a ideia de constituições transversais, considerando a Constituição do Estado não apenas como um acoplamento estrutural entre sistemas jurídico e político (Luhmann), mas também como mecanismo de racionalidade transversal entre política e direito. Partindo desses conceitos, será enfrentado o tema central de maneira mais direta, ou seja, o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas.

A esse respeito, abordando o conceito e as características do transconstitucionalismo, implica uma questão que poderá envolver

---

[3] Ibid., p. 116.

tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução, gerando um "diálogo" ou "conversação" entre todas para a melhor resposta frente às adversidades. Ainda, considera-se o transconstitucionalismo não apenas entre duas ordens jurídicas, da mesma espécie ou de diversos tipos, mas também entre uma pluralidade de ordens jurídicas em um sistema mundial de níveis múltiplos, caracterizado por hierarquias entrelaçadas, tendo relevância particular o transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, envolvendo uma multiplicidade de ordens jurídicas.

No terceiro capítulo, com a apresentação de um esboço da teoria transconstitucional, serão apresentados os entrelaçamentos desenvolvidos entre diferentes ordens jurídicas com base em casos concretos, especificamente no que diz respeito ao diálogo transconstitucional entre a ordem jurídica estatal brasileira e as ordens extraestatais de coletividades nativas, entre cortes constitucionais e o Supremo Tribunal Federal e entre ordens jurídicas estatais e transnacionais, com o desiderato de solucionar problemas constitucionais concretos, tanto nos casos de relações conflituosas quanto nos de cooperação.

Portanto, parte-se do pressuposto de que, cada vez mais, problemas de direitos fundamentais e de direitos humanos tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, estatais ou não estatais, que oferecem respostas para a sua solução, implicando uma relação transversal entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns da sociedade mundial complexa, sendo que a alternativa mais promissora para a fortificação normativa parece ser o transconstitucionalismo.

2

A compreensão de estado democrático de direito na teoria sistêmica

O presente capítulo busca compreender os elementos teóricos dos fundamentos normativos e das condições empíricas do Estado Democrático de Direito na sociedade complexa, sob o paradigma sistêmico de Luhmann. Tendo em vista que se trata de um modelo teórico conceitualmente muito abrangente, analisam-se alguns de seus aspectos mais relevantes, tendo por objetivo apontar certas perspectivas básicas que viabilizem a compreensão dos novos problemas do Estado Democrático de Direito em face dos processos que se delineiam no sentido da urgência de ordens jurídicas globais entrelaçadas.

2.1 A Positividade do Direito e a Autopoiese do Sistema Jurídico

As transformações sociais, políticas e econômicas das últimas décadas configuraram um mundo complexo e dinâmico, aquecidas por um sistema global em que todos os habitantes estão entrelaçados. Novos desafios ultrapassaram fronteiras dos respectivos Estados, e nessa perspectiva, Bauman[1] leciona que o fenômeno da globalização "é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos

[1] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 7.

na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo globalizados".

Nessa senda, o projeto luhmanniano vincula sua postura crítica frente ao crescimento do "Estado de bem-estar", no qual "crescem sem cessar as pretensões de que o sistema político assuma a direção das mudanças sociais e substitua a dinâmica interna dos demais sistemas (econômico, científico, estético)"[2], desconhecendo as diferenças que isto provocaria, tanto no sistema político quanto nos demais.

A sociedade atual se sujeita a rápidas e profundas transformações, e tais mudanças "não só afetam as formas em que se organizam a vida humana. Não só abarcam o Estado e a economia, as comunidades religiosas, o direito e a educação".[3] Abarcam também o ambiente e as motivações do modo de vida das pessoas na sociedade. Assim, a concepção política do Estado de bem-estar se torna um novo instrumento de governo, tratando-se de um método de "reflexão sobre o sentido, as possibilidades e os limites da política sob as condições atuais e futuras. A reflexão é um tipo de práxis que merece uma maior atenção e cuidado que geralmente é dada na atualidade frente a possíveis problemas".[4] Portanto, faz-se necessária a compreensão da evolução social na sistemática complexa e diferenciação funcional e a evolução do direito conforme o modelo luhmanniano.

A concepção sistêmica da positividade[5] do direito é inseparável do modelo de evolução social como ampliação da

---

[2] AMADO, Juan Antonio Garcia. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Org.). **Niklas Luhmann**: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 344.

[3] LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de bienestar**. Madrid: Alianza Universidad, 2007. p. 147.

[4] LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de bienestar**. Madrid: Alianza Universidad, 2007. p. 157.

[5] Lúcio Antônio Chamon Junior expõe que o "Direito moderno descreve a si mesmo, isto é, se autodescreve como sendo direito positivo. A positividade do Direito moderno, portanto, marcara as observações e descrições que poderiam ser referidas ao Direito enquanto sistema social. Isso implica que a superação de uma concepção que entendia estar o Direito positivo fundado em um direito

complexidade que conduz à diferenciação funcional. De acordo com o modelo sistêmico, a evolução surge com a transfiguração do improvável em provável. Essa transformação evolutiva ocorre, portanto, quando aquilo que é divergente passa a integrar a estrutura sistêmica. Nesse contexto, discute-se a variação evolutiva no tocante à esfera jurídica, que diz respeito aos elementos apresentados como comunicações (elementos) e expectativas (estruturas).

Nessa perspectiva, Neves[6] ensina que o fenômeno evolutivo "só se completa quando se preenchem três condições vinculadas reciprocamente: variação, seleção e restabilização ou retenção". Trata-se dos mecanismos evolutivos ou funções da evolução. Através da variação se modificam os elementos do sistema, ou seja, as comunicações. A variação "consiste en una reproducción desviante de elementos por elementos del sistema. En otras palabras, consiste en una comunicación inesperada, sorprendente".[7]

A variação não significa já evolução sistêmica, no plano das estruturas, o "sistema pode reagir negativamente ao desvio. Mas pode recorrer a seleção de estruturas para possibilitar a continuidade da reprodução do elemento inovador".[8] Portanto, a seleção se refere às estruturas do sistema, ou seja, as expectativas que guiam a comunicação, pois "la selección elige las referencias de sentido que tengan valor de formar estructuras, idóneas para el uso repetido, capaces de construir y condensar expectativas".[9]

---

natural imutável marcaria a percepção do Direito enquanto modernamente referido, equivale dizer, enquanto fruto de decisões contingentes". CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio **Filosofia do direito na alta modernidade**: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 50.

[6] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 2.

[7] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2006. p. 358.

[8] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 2.

[9] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2006. p. 358.

Ainda assim, o processo evolutivo não se completa necessariamente, impõe-se a restabilização "como mecanismo que, no plano da formação do sistema como unidade de reprodução, vem assegurar à estrutura inovadora duração e capacidade de resistência".[10] "La reestabilización se refiere al estado del sistema que está evolucionando después de una selección que ha resultado positiva o negativa".[11] Aqui é o mesmo sistema da sociedade em relação ao seu ambiente.

De uma maneira mais abstrata de compreensão, "a variação diz respeito aos elementos do sistema; a seleção diz respeito às estruturas; e a estabilização diz respeito à unidade do sistema, que se reproduz autopoieticamente".[12] Os três componentes constituem um estado de coisas necessários de um sistema autopoiético, pois "no existen elementos sin sistema, ni sistemas sin elementos".[13]

Embora "elemento, estrutura e unidade sistêmica estejam sempre em conexão, a diferenciação dos três mecanismos evolutivos constitui produto e fator da própria evolução do direito".[14] E para começar a investigar como, no caso do sistema do direito[15], no que tange essas funções evolutivas, "temos antes de esclarecer como se

---

[10] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 2.

[11] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2006. p. 358.

[12] LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 323.

[13] LUHMANN, op. cit., 2006, p. 359.

[14] NEVES, op. cit., p. 19.

[15] Em relação ao sistema do direito, primeiramente se faz a pergunta se no interior de um sistema social que se mantem em evolução pode haver ainda outras evoluções, como a do sistema jurídico. Luhmann apresenta esse problema paralelamente à pergunta sobre se pode haver "subsistemas autopoiético em sistemas autopoiético em sentido estrito ou se o fato de isso depender de um ambiente que, por sua vez, representa o ambiente interno de um sistema autopoiético contradiz o conceito de autopoiese". (LUHMANN, op. cit., 2016. p. 324). Assim, a sociedade se comunica com o ambiente externo e em relação a ele se determina. Luhmann explica que "o sistema jurídico também se comunica e, nessa medida, realiza a autopoiese da sociedade". (Ibid., p. 324). A sociedade e o sistema do direito fazem o uso da linguagem, e ambos dependem do acoplamento estrutural com os sistemas de consciência.

mantêm fixas as estruturas do sistema do direito, para que se mantenham acessíveis à evolução".[16]

A partir do relacionamento entre evolução[17] endógena e exógena, vincula-se a evolução do direito a diversos tipos evolucionários de sociedade, conforme apresenta Neves: "à diferenciação segmentária corresponde o direito arcaico; à hierárquica, o direito das culturas avançadas pré-modernas; à diferenciação funcional, o direito positivo (moderno)".[18] Porém, para um melhor entendimento, faz-se mister a compreensão da diferença "sistema/ambiente" e a conceitualização da autopoiese[19] dos sistemas sociais.

Na teoria sistêmica de Luhmann, a diferença sistema e ambiente desempenha um papel de máxima relevância para a compreensão da sociedade moderna. O conceito de "função e a análise funcional não se referem a 'o sistema' (no sentido de uma massa que é conservada ou de um efeito a ser causado), mas sim à relação entre sistema e ambiente".[20] Luhmann e De Giorgi[21] explicam que, nesse sentido, "tudo que ocorre pertence simultaneamente a um sistema (ou vários sistemas) e ao ambiente de outros sistemas". Esta diferença é introduzida no sistema, o qual

---

[16] Ibid., p. 327.

[17] Neves apresenta a distinção entre evolução endógena e exógena para a noção de co-evolução, que se refere à "conexão problemática dos mecanismos evolutivos do direito, da sociedade e dos demais sistemas sociais, enquanto se reproduzem autopoieticamente" (NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 19). Assim porque as influências recíprocas entre sistemas "nas diversas formas de interpenetração, acoplamento estrutural e interferência, tornam a evolução do direito, não apenas condicionada causalmente, mas também funcional-estruturalmente sensível ao ambiente social" (Ibid., p. 20), embora não se determine diretamente por ele.

[18] Ibid., p. 20.

[19] Expressão que se tornou conhecida a partir da publicação, em 1984, da obra intitulada Sistemas Sociais. LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana, 1998.

[20] NEVES, op. cit., p. 59.

[21] LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. 2. ed. Milano: Franco Angeli, 1992. p. 22.

lhe serve como estrutura orientadora no que tange à relação com o ambiente.

O conceito de autopoiese[22] tem sua origem na teoria biológica dos pensadores chilenos Maturana e Varela. Significa inicialmente que o respectivo sistema é construído pelos próprios componentes que ele constrói. Maturana e Varela[23] definem, portanto,

> os sistemas vivos como máquinas autopoiéticas: uma rede de processos de produção, transformação e destruição de componentes que, através de suas interações e transformações, regeneram e realizam continuamente essa mesma rede de processos, construindo-a como unidade concreta no espaço em que se encontram, ao especificarem-lhe o domínio topológico de realização.

Na sua origem, a teoria da autopoiese[24] surge para resolver a questão do que constituía um sistema vivo. Lyra[25] elucida que a resposta deles "era a de que o sistema vivo individual se definia pela sua autonomia e constância numa determinada relação autorreferencial entre os elementos constitutivos desse mesmo sistema". A concepção luhmanniana da autopoiese afasta-se do modelo biológico, na medida em que "nela se distinguem os

---

[22] Etimologicamente, "a palavra deriva do grego *autós* (por si próprio) e *poiesis* (criação, produção)". MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **Autopoiesis and cognition**: the realization of the living. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1980. p. XVII.

[23] Ibid., p. 78.

[24] O conceito de autopoiese segundo Corsi, Esposito e Beraldi, se caracteriza por "la capacidad de producir y reproducir por sí mismo los elementos que lo constituyen, y así define su propia unidad: cada célula es el producto de um retículo de operaciones internas al sistema del cual ella misma es um elemento; y no una acción externa. La teoría de los sistemas sociales adopta el concepto de autopoiesis y amplia su importancia". CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BERALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidade Iberoamericana, 1996. p. 31-32.

[25] LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Imigração**: criminalização e subsistema penal de exceção. Curitiba: Juruá, 2013. p. 271.

sistemas constituintes de sentido (psíquicos e sociais) dos sistemas não constituintes de sentido (orgânico e neurofisiológicos)".[26]

Há uma concepção radical de fechamento na teoria biológica da autopoiese, que segundo Luhmann,[27] "para a produção das relações entre sistema e ambiente, é exigido um observador fora do sistema, ou seja, um outro sistema". No caso de "sistemas constituintes de sentido, ao contrário",[28] a "auto-observação torna-se componente necessário da reprodução autopoiética".[29] Eles mantêm seu caráter autopoiético quando se referem "simultaneamente a si mesmos (para dentro) e ao seu ambiente (para fora), operando internamente com a diferença fundamental entre sistema e ambiente",[30] de sorte que o pensamento luhmanniano propõe

> [...] que se leve a sério um pressuposto básico da sociologia: tudo está incluído dentro da sociedade, sendo que não é possível "nenhuma produção de identidade, nenhuma produção de linguagem, que não seja no interior de uma sociedade. Tudo está dentro da sociedade.[31]

Portanto, na teoria dos sistemas autopoiéticos de Luhmann, "o ambiente não atua perante o sistema nem meramente como condição infraestrutural de possibilidade da constituição de elementos".[32] Relacionando-se ao sistema, "atuam as mais diversas determinações do ambiente, mas elas só são inseridas no sistema

---

[26] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 61.

[27] LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. México: Universidad Iberoamericana, 1998. p. 60.

[28] NEVES, op. cit., p. 61.

[29] LUHMANN, op. cit., p. 60.

[30] Ibid., p. 60.

[31] ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 18-19.

[32] LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. México: Universidad Iberoamericana, 1998. p. 56.

quando este, de acordo com os seus próprios critérios e código-diferença, atribui-lhes sua forma".[33] A concepção lumanniana do fechamento[34] autorreferencial dos sistemas sociais "afasta-se ainda mais claramente da clássica oposição teórica entre sistemas fechados e abertos".[35]

Dessa forma, "los sistemas autopoiéticos son aquellos que por sí mismos producen no sólo sus estructuras, sino también los elementos de los que están constituidos en el entramado de estos mismos elementos".[36] O sistema autopoiético segundo Lyra[37] "caracteriza-se pelo fato de que seus elementos são produzidos no interior do próprio sistema, e isso por uma sequência de operações circulares e fechadas". Com isso, o sistema, que se desacopla diretamente do entorno, "reduz a complexidade social no próprio sistema pois é ali que se concentra a informação para sua redução. O sistema não atua diretamente sobre o ambiente, não obstante receba irritações dele".[38]

Em síntese, a teoria luhmanniana inspirada na biologia elabora uma "teoria geral de formação de sistemas sociais, os quais passam a ser dotados de autonomia e circularidade, ou seja, cria a teoria da autopoiésis dos sistemas sociais ou a sua autorreferencialidade".[39] Nela se nega um espaço privilegiado de "observação a partir do qual se possa refletir abrangentemente

---

[33] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 62.

[34] Nesse sentido, afirma-se que o fechamento não significa falta de ambiente, "trata-se de autonomia do sistema, não de sua autarquia, nem isolamento (causal). O fechamento operativo é 'ao contrário, condição de possibilidade para abertura', e toda abertura baseia-se em fechamento". LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2006. p. 46.

[35] NEVES, op. cit., p. 62.

[36] LUHMANN, op. cit., 2006. p. 44-45.

[37] LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Imigração**: criminalização e subsistema penal de exceção. Curitiba: Juruá, 2013. p. 273.

[38] Ibid., p. 273.

[39] Ibid., p. 273.

sobre a sociedade.[40] Na lição de Neves, a "diferença entre sistema e ambiente apresenta-se nos diversos sistemas sociais autopoiéticos, cada um dos quais com uma perspectiva própria do mundo e da sociedade".[41] Sob essa ótica, define-se a sociedade moderna como multicêntrica.

O direito deve ser analisado como uma estrutura cujas formas de seleção e limites são definidas pelo sistema social. Para Luhmann[42], o direito é "imprescindível enquanto estrutura, porque sem a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas os homens não podem orientar-se entre si, não podem esperar suas expectativas". E essa estrutura tem que ser institucionalizada dentro da própria sociedade, "pois só aqui podem ser criadas aquelas instâncias que domesticam o ambiente para outros sistemas sociais. Ela se modifica, portanto, com a evolução da complexidade".[43] Conforme Luhmann[44], isso significa que

> na passagem da sociedade arcaica para altas culturas, e destes para as sociedades modernas modificam-se aqueles dispositivos que garantem a formação de generalizações conscientes de expectativas comportamentais, e como isso muda a forma da vigência do direito. A afirmação dos diversos mecanismos de generalização modifica-se naquilo que ela pressupõe, e naquilo que ela causa. Um número maior de comportamentos mais variados torna-se juridicamente possível. Diminui a dependência do direito de sentidos concretamente fixados e da amalgamação com outras esferas funcionais como a linguagem, estruturas cognitivas, meios de comunicação, formas de socialização; por outro lado cresce a dependência de um mecanismo especial de seleção do direito vigente e de tudo aquilo que esses dispositivos complementares e amparadores pressupõem.

---

[40] NEVES, op. cit., p. 67.

[41] Ibid., p. 67.

[42] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1, p. 170.

[43] Ibid., p. 170.

[44] Ibid., p. 174.

A perspectiva e a comparação cultural se encontram com a ampla variedade e multiplicidade de formas que o direito arroga. Cabe observar que na análise dos processos evolutivos do direito e os seus envolvimentos recíprocos, não se faz uma "classificação cronológica objetiva, mas de estado relativo de desenvolvimento, de tal maneira que traços jurídicos das culturas avançadas pré-modernas e mesmo arcaicas podem ser encontrados no presente".[45]

Nas sociedades arcaicas, o direito afirma-se, "em casos de desapontamento das expetativas, mediante a autodefesa da vítima ou de seu clã",[46] ou seja, fundamentam-se em princípio no parentesco. Inicialmente, todas as "funções sociais encontram sua base natural, sua sustentação social e sua legitimação na proximidade do parentesco".[47] A generalização congruente de expectativas normativas nas dimensões temporal, pessoal e material, manifesta-se por meio do princípio da represália[48] e do princípio da reciprocidade[49], não mediante procedimentos. Nessa perspectiva, Neves[50] aduz que "não há uma diferenciação entre moral, direito, costumes e convencionalismo social. Pode-se também afirmar que se confundem expectativas normativas e cognitivas", a ofensa concreta exibe-se com a evidência de um fato natural imediato.

---

[45] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 20.

[46] Ibid., p. 20.

[47] LUHMANN, op. cit., p. 184.

[48] O princípio da represália "significa e institucionaliza a exigência de que o direito se baseie em uma relação temporal da ação de diferentes pessoal" (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1, p. 190). Segundo Luhmann a "represália é a generalização elementar do direito, quase que incondicionalmente institucionalizável e que combina as dimensões temporal, objetiva e social; ela representa o primeiro princípio jurídico". Ibid., p. 190.

[49] O caso do princípio da reciprocidade é o que resolve o mesmo "problema da generalização temporal, objetiva e social no sentido dos desempenhos positivos" (Ibid., p. 191). A reciprocidade é convincente na medida em que situações, nas quais os direitos e deveres se baseiam, sejam reversíveis, Luhmann descreve que "só quem puder ser colocado na situação em que o outro se encontra poderá também reconhecer-se e respeitar-se no outro". Ibid., p. 191.

[50] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 21.

Não há uma diferença, portanto, entre interação e sociedade, nem se diferenciam estrutura e elemento, "o que impossibilita a assimilação e o tratamento procedimentalmente 'distanciado' dos conflitos".[51] Isso implica insuficiente variação e de acordo Neves,[52] "de tal maneira que esse mecanismo evolutivo e a seleção ainda não se distinguem". A variação restrita possibilita o aumento da pressão seletiva no rumo da construção procedimental de solução dos conflitos.

Para Luhmann,[53] "o desenvolvimento do direito depende das possibilidades de aumento da complexidade disponível". As sociedades arcaicas são encontradas em um nível baixo de complexidade, os problemas de maneira simples, porque eles dispõem de menos possibilidades nas resoluções de questões. Nesse sentido, sustenta-se que o "impasse da evolução do direito arcaico reside no mecanismo da variação, na insuportabilidade estrutural do desvio inovador".[54]

O direito das culturas avançadas pré-modernas "envolve a institucionalização de procedimentos de aplicação jurídica".[55] Pressupõe-se, conforme Luhmann,[56] "a forma hierárquica de denominação que se desenvolve paulatinamente, através de transformações quase imperceptíveis, a partir da antiga construção piramidal da sociedade", sendo que a dominação política se encontra no topo. Em princípio, "o direito já não se expressa mediante a afirmação concreta das partes, mas, antes, é aplicado e executado por decisão de um terceiro com base em normas e valores abstratos".[57]

---

[51] Ibid., p. 21.

[52] Ibid., p. 21.

[53] LUHMANN, c p. 199.

[54] NEVES, op. cit, p. 21.

[55] Ibid., p. 22.

[56] LUHMANN, op. cit, p. 204.

[57] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 22.

As culturas avançadas da Antiguidade dependiam da incompleta diferenciação funcional do sistema social. Luhmann[58] elucida que a formação "hierárquica da sociedade é convincente devido à generalização funcionalmente difusa, à ausência de alternativas, e é nisso que reside a integração do sistema social". Dessa forma, são estabelecidas certas condições que marcam as necessidades e as possibilidades do direito. O direito das culturas avançadas pré-modernas se baseia em uma sociedade já bastante complexa, na institucionalização de algumas possibilidades opcionais, na realização de processos de cunho jurídico, e na existência de uma hierarquia de cargos, explicados por Luhmann,[59] que eram capazes de "decidir, e normalmente, impor suas decisões, sem depender das armas, dos parentes ou dos partidários".

As normas e princípios abstratos, no qual eram os norteadores dos juízes, eram imutáveis, estando relacionado com o fato de que o direito é concebido como algo verdadeiro, assim, a "congruência jurídica que reside não mais na afirmação visivelmente eficaz do direito frente a frustrações seja por imposição violenta, reconhecimento social ou autorização e confirmação sobrenatural".[60] Ela passa a se situar em ideias normativas e institutos jurídicos de sentido estabilizado e vigência permanente, que oferecem uma interpretação de sentido.

Neves[61] observa "que mesmo a diferenciação do procedimento da aplicação jurídica não é suficiente nas primeiras culturas avançadas, nas quais as questões jurídicas apresentam-se vinculadas aos rituais divinatórios". Essa diferenciação só irá estar presente no Direito Civil romano, aperfeiçoando-se na sistematização medieval do direito.

---

[58] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1, p. 206.

[59] Ibid., p. 206.

[60] Ibid., p. 217.

[61] NEVES, op. cit., p. 22.

Nesse contexto, "a variação intensifica-se, sendo relevante o papel da escrita",[62] a qual "veio a assumir função de maior alcance: evidenciar a mudança jurídica ou confirmá-la, e só então, por ser relativamente fácil de reconhecer, a escritura se faz também condição de validade do direito".[63] Conforme Neves,[64] a "seleção de estruturas mediante procedimentos já se distingue da variação advinda dos conflitos entre partes".

Contudo, na medida em que o "procedimento de aplicação jurídica fundamenta-se em uma ordem supostamente estável, os mecanismos seletivos ainda não se distinguem dos problemas da restabilização do sistema".[65] Assim, Neves[66] sustenta que o "impasse da evolução das culturas avançadas pré-modernas reside na deficiência de seletividade em relação à crescente variação de expectativas normativas comunicadas", ou seja, no problema que os procedimentos decisórios se mostram ineptos de operar sua função seletiva.

Na transição das culturas avançadas pré-modernas para a sociedade moderna, a concepção jusnaturalista, segundo Neves,[67] "desemprenha um importante papel evolutivo no sentido da positivação do direito". Conforme essa concepção, o mutável permanece subordinado ao imutável, ou seja, o direito positivo só é válido enquanto se aduz a direito natural inalterável.

Nesse contexto, ainda não "prevalece a noção de um direito inteira e constantemente alterável. Ela só vai surgir com a positivação do direito como conquista da sociedade moderna".[68]

---

[62] Ibid., p. 22.

[63] LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 333.

[64] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 22.

[65] Ibid., p. 23.

[66] Ibid., p. 23.

[67] Ibid., p. 23.

[68] Ibid., p. 23.

Assim, pode-se falar em positividade do direito no momento quando passa a ser regularmente posto e alterável por decisão.

A noção de positividade[69] do direito como decidibilidade e alterabilidade do direito, a qual é concebida inicialmente na obra de Luhmann, deve ser repensada "com a concepção de positividade como 'autodeterminante', fechamento operacional, autoreferência ou autopoiese do sistema jurídico, por ele desenvolvida e radicalizada posteriormente".[70]

Na esteira de Luhmann,[71] "a positividade do direito pode ser concebida como a seletividade intensificada do direito". Diante do dinamismo de ação e experiência do sistema social, com o horizonte ampliado pelas possibilidades a serem previstas pelo direito, o que se tinha como uma ordem constante no mundo passa a ser considerado como escolha e opção do sistema jurídico.

A diferenciação do direito na sociedade moderna pode ser analisada como controle do código-diferença lícito/ilícito por um sistema funcional que seja especializado. Neves[72] leciona, que de acordo com o paradigma luhmanniano, "essa nova posição do direito pressupõe a superação da sociedade pré-moderna, diferenciada verticalmente, ou seja, conforme o princípio da

---

[69] O próprio conceito de positividade é considerado como insuficiente, no sentido de caracterizar a concepção luhmanniana em decisionista. Por oportuno: "Isso deu ensejo à crítica de Habermas no sentido de caracterizar a concepção luhmanniana como decisionista. Porém, com o tempo, o aspecto da autonomia operacional do direito, especialmente em face da política, foi ganhando cada vez mais significado na teoria de Luhmann, de tal maneira que perdeu qualquer fundamentação reduzir a sua noção de positividade a uma fórmula decisionista. [...] assim sendo, sugere-se uma nova formulação conceitual do problema que é abordado no âmbito semântico da expressão 'positividade'. Trata-se, a rigor, de uma rearticulação do conceito, de acordo com o qual se enfatiza que o aspecto de decidibilidade fica subordinado à dimensão do fechamento ou autonomia operacional. A positividade significa que a decisão, mesmo se vier a alterar radicalmente o direito, receberá o seu significado normativo do próprio sistema jurídico. Nessa perspectiva, a noção de autopoiese (autorreferência, autonomia ou fechamento operacional, 'autodeterminidade') do direito passa a constituir o cerne do conceito de positividade". Ibid., p. 79-80.

[70] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 24.

[71] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1, p. 238.

[72] NEVES, op. cit., p. 80.

estratificação". Na medida em que o princípio se embasava em uma distinção entre "superior" e "inferior", "praticamente apenas o sistema supremo, a ordem política da camada social mais alta, constituía-se auto referencialmente".[73]

Sendo assim, o direito não disponha de um código-diferença específico, mas sim permanecia determinado pela política e pelas representações morais e político-legitimadoras. A positivação do direito na sociedade moderna implica o "código-diferença 'lícito/ilícito' exclusivamente pelo sistema jurídico, que admite dessa maneira seu fechamento operativo".[74]

Nessa perspectiva, a positividade é conceituada como autodeterminidade ou fechamento operacional do direito. Assim, com relação aos outros sistemas sociais diferenciados, Neves[75] aclara que "não se trata aqui de autarquia, de (quase) privação de ambiente ou isolamento (causal)", se o fato de dispor exclusivamente do código-diferença "lícito/ilícito" conduz "ao fechamento operacional, a escolha entre lícito e ilícito é condicionada pelo ambiente"[76]

Por outro lado, a autodeterminação do direito fundamenta-se na distinção entre expectativas normativas e cognitivas[77], "que só se torna clara a partir da codificação binária da diferença entre lícito e ilícito exclusivamente pelo sistema jurídico".[78] Com base nessa distinção, o fechamento operativo do sistema jurídico é assegurado e compatibilizado com sua abertura ao ambiente.

---

[73] Ibid., p. 80.

[74] Ibid., p. 80.

[75] Ibid., p. 81.

[76] Ibid., p. 81.

[77] Luhmann esclarece a título de precaução que é preciso observar que a diferença normativo e cognitivo não é a mesma à de sistema ambiente. "Por um lado, o direito pode reconhecer como fato a simples existência de normas no ambiente (como os fanatismos religiosos)". (LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 123), e por outro lado, "sobretudo no âmbito da argumentação interpretativa ou no das autocorreções legislativas, aprender e, portanto, assimilar informações cognitivamente". Ibid., 2016. p. 123.

[78] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 81.

Nas palavras de Neves,[79] "a qualidade normativa serve à autopoiese do sistema, à sua autocontinuação diferenciada do ambiente". Enquanto isso, "a qualidade cognitiva serve à concordância desse processo com o ambiente do sistema". Em razão de sua positividade, o sistema jurídico assimila, com base em seus próprios critérios, "os fatores do ambiente ou de outros sistemas, mesmo que não seja diretamente influenciado por esses fatores".[80] Assim, as expectativas normativas não devem ser determinadas "por interesses econômicos ou políticos, representações éticas ou religiosas, pois depende de processos seletivos de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico.[81]

Contudo, o fechamento operacional pela positividade não dificulta a aprendizagem do sistema, em sua dimensão cognitivamente aberta, considerando que sua estrutura deve possibilitar que o direito se altere para adaptar-se ao ambiente complexo e célere. Mas isso ocorre quando há incorporação pelo sistema da informação do exterior, o que é feito de acordo com os critérios do sistema jurídico.

A alterabilidade do direito, então, é fortalecida, e não negada, como seria se o sistema apresentasse a um fechamento indiferente ao ambiente. Nessa perspectiva, segundo Neves,[82] "o fechamento autorreferencial, a normatividade para o sistema jurídico, não constitui finalidade em si do sistema, antes é a condição da abertura".

A radicalização da tese do fechamento como ausência de ambiente ignora o problema central da "capacidade de conexão (em contraposição à simples repetição) entre acontecimentos elementares".[83] Somente sob as condições de abertura cognitiva em

---

[79] Ibid., p. 81.

[80] Ibid., p. 81.

[81] Ibid., p. 82.

[82] Ibid., p. 82.

[83] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 83.

face do ambiente (capacidade de aprendizagem), "o sistema jurídico pode tomar providências para 'desparadoxizar' a autorreferência, possibilitando a capacidade de conexão".[84]

O fechamento cognitivo do sistema jurídico possibilitaria um paradoxo insuperável da autopoiese. Neves esclarece que não permitiria, portanto, "a interrupção da interdependência dos componentes internos através da referência ao ambiente".[85] A autorreferência só é admitida dentro do código, sendo operacionalizada como negação, e a autonomia do direito fica limitada a operar conforme determina o próprio código, pois este desparadoxiza o paradoxo da autorreferência. De acordo com a concepção de Luhmann, Neves explica que a autoaplicação do código ao código "não implica apenas efeitos heteronomizantes, mas também imobilidade do sistema jurídico, na medida em que a capacidade de conexão da reprodução autopoiética é, dessa maneira, bloqueada".[86]

Nessa senda, surgem as divergências entre a teoria luhmanniana da positividade e as novas compreensões axiológicas ou morais do direito. Esses pressupostos à positividade do direito são inerentes não apenas a anulação de mandos do direito pelos interesses políticos, mas também a neutralização moral do sistema jurídico. Trata-se aqui, em conexão com desenvolvimentos na lógica e na linguística, de um metanível no qual regras controlam a validade das regras.

Luhmann entende que "a norma básica de Kelsen proporciona uma teoria desse tipo; a 'regra secundária de reconhecimento', de Hart, é outra".[87] Portanto, "a justiça só pode ser considerada consequentemente a partir do interior do sistema

---

[84] Ibid., p. 83.

[85] Ibid., p. 83.

[86] Ibid., p. 83.

[87] LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 136.

jurídico, seja como adequada complexidade ou como consistência das decisões".[88] De acordo Rocha, Schwartz e Clam, Luhmann supera a analítica de Kelsen e a hermenêutica de Hart ao desenvolver a concepção de direito como um sistema autopoiético, cuja função é a de exigir "a realização de graduações que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir de expectativas sobre tais expectativas".[89]

A positividade na teoria de Luhmann não se limita ao deslocamento dos problemas de fundamentação no sentido da teoria do discurso de Jürgen Habermas[90], significa a eliminação da problemática da fundamentação. O direito preenche sua função perante um ambiente complexo, cheio de expectativas normativas, no qual, exige um desencargo mais radical com respeito à "fundamentação ética ou moral, seja ela material ou argumentativo-procedimental".[91]

Em suma, nos termos da concepção luhmanniana da positividade do direito, descreve Neves[92]: "isto é, fechamento normativo e abertura cognitiva do direito moderno, o problema da justiça é reorientado para a questão da complexidade adequada do sistema jurídico e da consistência de suas decisões". Em consonância, na perspectiva luhmanniana, vai definir a justiça como fórmula de contingência do sistema jurídico.

---

[88] NEVES, op. cit., p. 84.

[89] ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoiético de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 31.

[90] Neves leciona que Habermas vincula o conceito de Estado Democrático de Direito "à noção de autonomia do direito, mas, na teoria do discurso, a autonomia fundamenta-se moralmente, distinguindo-se de maneira radical da autopoiese jurídica no sentido sistêmico proposto por Luhmann". NEVES, Marcelo. Da autopoiese à alopoiese do direito. **Anuário do Mestrado em Direito**, Recife, n. 5, 1992.1992. p. 67-78.

[91] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 85.

[92] Ibid., p. 85.

O funcionamento do direito é feito com referência ao sistema da sociedade. Trata-se, nas palavras de Luhmann,[93] "de ver que problema do sistema da sociedade é solucionado pela diferenciação de normas jurídicas específicas e, por fim, pela diferenciação de um sistema de direito especializado". Nesse processo ficam afastados os questionamentos antropológicos e psicológicos, porém, não significa que não existam. O problema é, no entanto, que as pessoas sejam consideradas apenas indivíduos e pensar sobre a consciência e sobre a pessoa sejam difíceis de se controlar. Já como sociedade, ao contrário, "pensamos em uma comunicação corrente e que se dá de maneira concreta, uma comunicação empiricamente observável",[94] mesmo quando se tem um sistema altamente complexo.

Segundo a hipótese pensada por Luhmann, o direito esclarece um problema temporal, o qual "se apresenta sempre na comunicação social, quando a comunicação no processo não basta – seja como expressão, sem como 'prática' – sendo, pois, guiada por expectativas numa extensão temporal de seu sentido",[95] e o direito expressa expectativas. A função do direito está relacionada a

> [...] expectativas que com efeito, se parte da sociedade e não de indivíduos, existe a possibilidade de trazer reconhecimento tanto às expectativas de comunicar como à comunicação. Portanto, como 'expectativa' temos em mente não um estado de consciência atual de determinado indivíduo, mas um aspecto temporal do sentido de comunicações.[96]

É claro que, no sistema do direito, não se trata apenas da avaliação comunicativa da comunicação, mas "da comunicação de todos os modos de comportamento que o direito abarca e

---

[93] LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 165.

[94] Ibid., p. 165.

[95] LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 166.

[96] Ibid., p. 166.

normatiza".[97] Concebe-se o direito como forma relacionada às tensões entre as dimensões sociais e temporais, e isso possibilita um aumento evolucionário de complexidade social. Contudo, a forma do direito é encontrada na "combinação entre duas distinções, isto é, as modalidades de expectativa cognitivas/normativas, e as de codificações lícito/ilícito".[98] Assim, o direito tem a ver com os custos sociais da vinculação temporal de expectativas.

Uma das consequências mais importantes em relação à função do direito é a diferenciação entre direito e política. Luhmann[99] elucida que a "dependência mútua desses sistemas é evidente, e isso dificulta o reconhecimento da diferenciação funcional". Para a sua aplicação, o direito depende da política, e sem a "perspectiva de imposição não há estabilidade normativa que seja, de maneira convincente, imputável a todos".[100]

A política, por sua vez, utiliza-se do direito para "diversificar o acesso ao poder politicamente concentrado".[101] No entanto, esses pressupõem uma diferenciação de sistemas. Além disso, da função do direito adotada por si só, não se pode afirmar que o direito pode efetivar seu fechamento operativo como sistema autopoiético e se reproduzir, para isso são necessárias outras estruturas bastante especificas, como o aprofundamento teórico na diferenciação entre o poder político e entre o direito.

2.2 Diferenciação entre Direito e Poder Político

O Estado Democrático de Direito, conforme o modelo sistêmico, apresenta-se como autonomia operacional do direito. Portanto, o sistema jurídico se reproduz a partir de um código

---

[97] Ibid., p. 171.

[98] Ibid., p. 174.

[99] Ibid., p. 200.

[100] Ibid., p. 200.

[101] Ibid., p. 200.

binário (lícito/ilícito) e de seus próprios programas (Constituição, leis etc.). Isso, porém, de acordo Neves[102], "não é o suficiente para caracterizar o Estado de Direito, que pressupõe a diferenciação dos sistemas jurídico e político, resultando em um tipo de relacionamento específico entre ambos".

Por uma longa tradição, a qual remonta ao início da modernidade, Luhmann[103] esclarece que "somos motivados a ver apenas um sistema político-jurídico unificado, o que é evocado em ampla medida pelo conceito de Estado, que é a um só tempo jurídico e político". Portanto, não se trata apenas de autonomia do direito, impõe-se também a autopoiese da política, a qual conceitua política como a esfera da tomada de decisões coletivamente vinculante ou da generalização de influências, a "autopoiese da política significa que as respectivas comunicações não são imediatamente determinadas por fatores externos e particularismos".[104]

A política influencia decisões individuais, porém, os efeitos estruturais se fazem notar no tipo de papéis que o sistema jurídico se auto estimula. Diante das transformações jurídicas, o "Estado territorial dos primórdios da era moderna via como sua tarefa primordial a unificação do direito vigente no âmbito de suas fronteiras".[105] Luhmann[106] aduz que a organização da "administração da justiça no sentido de uma unificação e de uma centralidade de controle serve à finalidade de sua própria unidade como Estado", reside aí o entendimento do Estado como soberano e sua consolidação política.

Os conceitos de soberania e de "poder" soberano disfarçavam duas ideias de poder político, a de uma capacidade generalizada de

---

[102] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 85.

[103] LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 546.

[104] NEVES, op. cit., p. 86.

[105] LUHMANN, op. cit., p. 548.

[106] Ibid., p. 548.

garantir obediência a comandos e a ideia de força legal, a qual refletia o fato que o poder se mostrava em forma do direito, de maneira especificada. Como os tribunais da época operavam, sobretudo, no nível da administração pública, essa combinação de ambos os fatores do poder se tornou indispensável.

Portanto, desde a segunda metade do século XVI, soberania passou a significar o controle político centralizado nos tribunais e, conforme Luhmann,[107] passou a "remoção dos direitos feudais, dos direitos da Igreja, bem como de outros direitos corporativos, que se exerciam em jurisdições de direito próprio".

A contar da segunda metade do século XVI, já se partia de uma unidade entre política e direito fundada no direito natural[108]. Ao final desse momento significativo, que integrou a política e o direito, encontram-se "as grandes codificações dos séculos XVIII e XIX e, finalmente, a ideia de que a função do Estado consistia na garantia de uma liberdade conforme o direito, isto é, nos limites deste".[109] Desse modo, no entanto, não se complementavam de fato as diferenças operacionais entre comunicação política e jurídica.

Da perspectiva do direito de resistência[110], o "sistema político moderno de Estado territorial não podia aceitar o fato de que os súditos se imiscuíssem na política invocando o direito, ou seja, que perturbassem a paz".[111] O sistema político, de acordo Luhmann,[112] "exigia fechamento com referência a tudo o que, quanto a código e função da política, fosse qualificado como político. Ora, o mesmo valia também para o sistema jurídico".

---

[107] LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 549.

[108] Ideia de "uma unidade entre política e direito com base no direito religioso (desejado por Deus) e no direito natural (como que a lógica dos fatos)". Ibid., p. 550.

[109] Ibid., p. 550.

[110] O motivo central para a "conexão entre política e direito deve ter sido o problema do direito de resistência, que mergulhou na Europa em cem anos de guerra civil". Ibid., p. 550.

[111] Ibid., p. 554.

[112] Ibid., p. 554.

O sistema político reproduz-se, primariamente, de acordo, com o código de preferência generalizado "'poder superior/inferior' (convertido contemporaneamente na diferença entre governo e oposição) e os seus respectivos programas estabelecidos por procedimentos eleitorais, parlamentares, burocráticos etc."[113] Nesse sentido, conforme Neves, "'poder ou não poder' é uma disjunção que se confunde com aquela entre 'ter ou não-ter'". O código da política não se sobrepõe ao código da economia, nem vice-versa, de modo que os critérios e programas políticos e econômicos não se transportam, diretamente, de um para o outro. Em termos práticos, Neves[114] leciona que

> [...] no Estado de Direito os mais ricos nem sempre são os 'donos do poder', frequentemente perdem a eleição. Há uma neutralização do econômico na esfera do político. Da mesma maneira, a política não fica subordinada aos códigos da relação amorosa ('amor/desamor'), da amizade ('amigo/inimigo'), da moral ('consideração/desprezo'), da ciência ('verdadeiro/falso'), da religião ('transcendente/iminente') e da arte ('belo/feio'), assim como os critérios relacionais e familiares. Ela enfrenta o ambiente econômico, artístico, cientifico, etc., comutando discursivamente as respectivas influencias de acordo com os seus programas e o seu código de preferência.

Em vista disso, por meio de procedimento eleitorais, parlamentares e burocráticos, são as políticas econômica, científica, artístico-cultural, familiar, educacional, religiosa, etc. Porém, essas políticas não podem ser confundidas com ambientes a que se referem, como a família, com o amor, etc. Neves[115] esclarece que "não são em si mesmas (i)legitimadas porque resultam em maior riqueza ou pobreza, por serem verdadeiras ou falsas, ou morais ou imorais".

---

[113] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 86.

[114] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 86.

[115] Ibid., p. 87.

Elas legitimam-se internamente pela circulação e contra circulação de público, política e administração, esta "compreendida em sentido amplo como o subsistema encarregado de produzir decisões vinculantes, incluindo parlamento, governo e burocracia administrativa",[116] no qual, é entendida como subsistema destinado à preparação de pessoas, temas e à construção do poder, em que, tem o fim maior de organizar os partidos políticos.

A circulação do poder avança na medida em que a população escolhe programas políticos e elege dirigentes (políticos) que têm o propósito de tomar decisões vinculantes, a administração decide e relaciona a população, que, por sua vez, reage a isso na forma de eleições e manifestações de opiniões. Essa circulação leva a uma contra circulação, assim, a política não funciona sem a administração. Essa "dupla circulação significa que o sistema político constitui-se como uma esfera autorreferencialmente fechada de comunicações, não se subordinando a critérios 'absolutos', jusnaturalísticos ou transcendentais".[117]

Portanto, tem-se "pretensão (ou tentativa) de fechamento da política contra a pretensão de fechamento do direito".[118] Ao mesmo tempo, tem-se a compreensão a que se chegou para vincular política e direito fez-se resumir e superar, por fim, no esquema[119] "Estado de Direito". Nesse esquema, Luhmann[120] elucida que "ficou fixado o contexto de condições de direito e liberdade e, assim, também a recíproca capacidade de incremento de direito e liberdade, esquema que, desse modo, tornou-se disponível para a comunicação".

No modelo teórico sistêmico, o Estado de Direito pode ser definido, em princípio, como "relevância da distinção entre lícito e

---

[116] Ibid., p. 87.

[117] Ibid., p. 87-88.

[118] LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 555.

[119] O conceito de "esquema" em Luhmann "pode ser empregado aqui de maneira bastante explícita como forma de fixação de um acordo de contingências de mais alto nível". Ibid., p. 555.

[120] Ibid., p. 555.

ilícito para o sistema político. Isso significa que todas as decisões do sistema político estão subordinadas ao direito. Não implica, porém, uma indiferenciação do político sob o jurídico".[121] O que resulta é uma interdependência entre esses sistemas.

Da presença do segundo código decorre que as disjunções poder/não-poder e lícito/ilícito referem-se reciprocamente. Assim como as "decisões políticas subordinam-se ao controle jurídico, o direito positivo não pode prescindir, por exemplo, da legislação controlada e deliberada politicamente".[122] Da mesma maneira, à medida que a força física no âmbito da política submete-se ao controle do direito, dependendo como coação jurídica e de suas variáveis.

Em vista disso, o modelo sistêmico de Estado de Direito não se refere a um tipo de relação qualquer entre o político e o jurídico. Neves[123] aclara que nas formas "pré-modernas de dominação, assim como no absolutismo do início da era moderna e nas autocracias contemporâneas, configura-se a relação de subordinação do direito à política". Até a Idade Moderna, o Estado Absoluto detinha um poder restrito "às possibilidades de conquista e coação, de confiscação e recrutamento e era praticamente impotente quando se tratava duma modificação da realidade social de acordo com uma finalidade".[124]

Naquela época, segundo Baggenstoss,[125] "as estruturas sociais eram simplórias, os modelos comportamentais eram determinados

---

[121] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 89.

[122] Ibid., p. 89.

[123] Ibid., p. 90.

[124] LUHMANN, Niklas**. Legitimação pelo procedimento**. Brasília, DF: UNB, 1980. p. 120.

[125] BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. **Uma proposta de dimensão prescritiva ao sistema jurídico a partir do pensamento sistêmico**. 2014. f. 53. Tese (doutorado) - Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/128843>. Acesso em: 11 jun. 2017.

pelo soberano", e de acordo Luhmann[126] "o potencial de comunicação das instâncias de decisão demasiado pequeno de acordo com *input* e *output*", o que tornava inviável o estabelecimento de um direito positivo como instrumento variável das alterações sociais.

Com as novas demandas sociais e políticas da classe burguesa, as quais se fortaleciam à época, "o poder absoluto do príncipe, livre de compromisso com leis, tornou-se obstáculo aos interesses econômicos e políticos de tal classe".[127] Daí que o direito se mostra como a forma de reação aos inconvenientes políticos, a fim de limitar as atividades do Estado e esclarecer os males advindos de má administração e de mau governo.

Em rebate ao poder reinante de um Estado Absoluto, formata-se o Estado de Direito, consubstanciado com a instituição das primeiras constituições escritas: "a positivação dos direitos civis e políticos nas declarações do século 18 (Declaração de Direitos do Povo de Virgínia de 1776 e Declaração Francesa de 1789)".[128]

A Declaração de Direitos de Virgínia, inspirada pelos ideais iluministas, como o contratualismo e o respeito aos direitos individuais, consoante Baggenstoss,[129] é obra da Revolução Americana, "em que a sua burguesia, inconformada com leis rigorosas da corte inglesa, reagiu e organizou seu processo de independência, cuja declaração formal deu-se em 4 de julho de 1776". A Revolução Americana, assim, assentou-se na ideia medieval de que, ao soberano, não é lícito violar o direito. Portanto, considerando o entendimento de que o Parlamento refletia a

---

[126] LUHMANN, Niklas**. Legitimação pelo procedimento**. Brasília, DF: UNB, 1980. p. 120.

[127] BAGGENSTOSS, op. cit., f. 53.

[128] LUCAS, Doglas Cesar. **Direitos humanos e interculturalidade**: um diálogo entre a igualdade e a diferença. Ijuí: UNIJUÍ, 2013. p. 101.

[129] BAGGENSTOSS, op. cit., f. 53.

representação da população, foi necessário "distinguir entre o povo como corpo coletivo e o povo como corpo representativo".[130]

Pela formulação do texto constitucional para os Estados Unidos, averiguou-se a possibilidade e o modo de um "texto jurídico pode se encarregar do problema, ao lhe dar uma forma constitucional e ao destituí-lo de qualquer violência do soberano".[131] Como o direito de resistência do povo contra o Parlamento transformou-se em um ordenamento jurídico que excluiu tal possibilidade para os futuros casos. Ainda, são reavaliados o conceito de soberania e o molde dos direitos individuais com as garantias vinculadas à separação de poderes, seguindo a nova concepção de soberania absoluta.[132]

A Revolução Francesa, que foi iniciada em 1787, pelo inconformismo da burguesia francesa diante da estagnação das classes sociais, dos privilégios exclusivos dos da nobreza e do clero, da crise financeira, agrícola e industrial e pela conscientização dos seus interesses e de sua importância perante o Estado. Dois anos depois, em agosto de 1789, a Assembleia Nacional Constituinte proclamou a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão.[133]

Por conta de tais especificidades, o Estado de Direito é conhecido como Estado Liberal de Direito, e suas premissas fundamentais são a submissão ao império da lei, a divisão de poderes e o enunciado dos direitos fundamentais e suas garantias. Assim apesar de não exibir, como outrora um "poder estatal dominador de todos os setores da vida privada de cada indivíduo,

---

[130] LUHMANN, Niklas. A Constituição como aquisição evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jorg. **Il futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996. Não paginado. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constitui cao-como-aquisicao-evolutiva>. Acesso em: 12 jul. 2017.

[131] LUHMANN, Niklas. A Constituição como aquisição evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jorg. **Il futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996. Não paginado. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>. Acesso em: 12 jul. 2017.

[132] Ibid., não paginado.

[133] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

ainda é o Estado caracterizado pela autoridade soberana na sociedade".[134]

Na concepção de Luhmann, as tradições política e jurídica se confundem nas revoluções referidas. Isso porque formaram uma Constituição e, em tal senda, constituição representa "um texto jurídico que simultaneamente fixe a constituição política de um Estado".[135] A terminologia jurídica e terminologia política "interpenetram-se no momento em que se tem que lidar com uma nova fixação jurídica da ordem política e considera-se a ordem política como ordenamento jurídico".[136]

A Constituição "rompe com o paradigma semântico emergente na transição para a época moderna, no âmbito do qual a Constituição era conceituada como carta de liberdade ou pacto de poder".[137] Em contraposição ao caráter apenas "modificador do poder", "pontual" e "particular" dos pactos de poder, surge, nos quadros das revoluções burguesas do século XVIII, o constitucionalismo moderno, cuja "semântica aponta tanto para o

---

[134] BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. **Uma proposta de dimensão prescritiva ao sistema jurídico a partir do pensamento sistêmico**. 2014. f. 54. Tese (doutorado) - Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/128843>. Acesso em: 11 jun. 2017.

[135] LUHMANN, op. cit., não paginado.

[136] No que se refere à América, Luhmann apresenta que "o fato de que até o final do século XVIII não existia no plano local outra administração que não fossem os tribunais, assim se justificando a distinção entre *judge* e *jury* (o que explica o grande interesse pelos *juries*), mas não a distinção entre política e direito ou entre administração e jurisdição". LUHMANN, Niklas. A Constituição como aquisição evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jorg. **Il futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996. Não paginado. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>. Acesso em: 12 jul. 2017.

[137] BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. **Uma proposta de dimensão prescritiva ao sistema jurídico a partir do pensamento sistêmico**. 2014. f. 55. Tese (doutorado) - Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/128843>. Acesso em: 11 jun. 2017.

sentido normativo quanto para a função 'constituinte de poder', 'abrangente' e 'universal' da Constituição".[138]

Na semântica moderna, a Constituição firma-se como uma limitação jurídica ao poder do sistema político, de modo a impedir a atuação de qualquer regime arbitrário. Dessa forma, a Constituição é concebida como um ato declaratório de princípios políticos e jurídicos fundamentais inerentes à pessoa humana, mas principalmente de um limitador, mesmo que não suficiente, de arbitrariedades estatais a partir da positivação de direitos conquistados historicamente.

A intervenção mínima do Estado na sociedade provocou imensas injustiças, e os movimentos sociais, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social. A partir disso, passaram a ser reivindicados, prestações positivas do Estado: "é a compreensão de que deve providenciar recursos mínimos para que a sociedade supere as angústias estruturais trazidas pelo Estado Liberal".[139]

O Estado, então, passa a agir de modo sistemático sobre o processo econômico e a assunção pelos poderes públicos de novos programas de ação. E assim, os direitos estão institucionalizados na linha dos direitos fundamentais inseridos aos setores sociais e econômicos da sociedade.

O México é a primeira sociedade política a dar garantias constitucionais para a proteção do ser humano no que tange à coletividade, e a primeira a garantir os direitos sociais dos trabalhadores na Constituição promulgada em 1917. O pioneirismo do México é resultado dos sofrimentos suportados pela sociedade no início do século XX. A sociedade mexicana conscientizou-se das injustiças que padecia com as ações do governo, que se traduziam

---

[138] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 95-96.

[139] BAGGENSTOSS, op. cit., f. 56.

na miséria humana, na insatisfação popular, no analfabetismo, no desrespeito aos costumes dos povos indígenas, os quais foram os motivos ensejadores da Revolução Mexicana em 1910.

Com a Constituição Mexicana de 1917 e a Declaração do Povo Trabalhador e Explorado aprovado na União Soviética, em 1918, consolidou-se o conceito de Estado Social. Destaca-se conforme Bonavides,[140]

> Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate ao desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.

Esse texto constitucional estabelece, então, o direito de se exigir prestações positivas do Estado. Assim o Estado Social não é apenas membro dissociável do Estado do Direito, mas é o mecanismo do próprio Estado. Percebe-se um movimento de expansão do poder estatal, o que outrora havia sido retraído pelo Estado de Direito. Nesse sentido, o Estado Social, também denominado de Estado de Bem-Estar Social, é produto da evolução do sistema político na sociedade moderna.[141] Baggenstoss aponta que nessa referida "transmutação da sociedade estamental para a sociedade diferenciada, o sistema político surge como um sistema

---

[140] BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 186.

[141] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedade**. México: Universidad Iberoameriana, 2002.

que objetiva a inclusão de amplos segmentos da população em sua funcionalidade lógica",[142] razão pela qual "o Estado de Bem-Estar é a realização da inclusão política".[143]

Considerando que configuração de Estado Social representa a tal inclusão por meio de compensação política pelas desigualdades individuais e sociais originadas um determinado sistema de vida. A compreensão luhmanniana a propósito de tal Estado é que resulta de três processos sociais conjugados: o dinamismo das transformações no entorno provocadas pela sociedade industrial, cuja regulação somente é possível recorrendo a meios políticos; os custos crescentes do Estado Social, referentes aos custos de financiamento e à tecnologia cada vez mais reduzidos em relação aos outros sistemas; a modificação da situação motivacional das pessoas provocada pelas transformações da sociedade moderna (indústria, garantias políticas de bem-estar, educação escolar, meios massivos e a indústria cultural).[144] Diante dos processos sociais atuais, "a semântica do bem-estar torna-se cada vez mais imprecisa e menos delimitada. A compensação se reproduz e cada vez que se estende às más condições sociais que merecem atenção política".[145]

Portanto, Luhmann[146] aponta o dissenso da atualidade, representado pela divergência entre a primazia funcional que o sistema político pretende adquirir e o grau de evolução social. Em tal contexto, questionam-se pelas condições do sistema político que levam a que o projeto de bem-estar seja capaz de reduzir a

---

[142] BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. **Uma proposta de dimensão prescritiva ao sistema jurídico a partir do pensamento sistêmico**. 2014. f. 57. Tese (doutorado) - Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/128843>. Acesso em: 11 jun. 2017.

[143] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedade**. México: Universidad Iberoameriana, 2002. p. 49.

[144] Ibid.

[145] BAGGENSTOSS, op. cit., f. 57.

[146] LUHMANN, Niklas. A Constituição como aquisição evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jorg. **Il futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996. Não paginado. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>. Acesso em: 12 jul. 2017.

complexidade do entorno. Como a história do sistema político dá conta da crescente pretensão de incorporar segmentos de população cada vez mais amplos, a meta política do bem-estar é somente definível a partir de operações autorreferenciais do sistema político. Sendo assim, Luhmann[147] aponta que o modelo social de Estado é dirigido a operações e relações autorreferenciais pouco eficientes, o que limita a capacidade do sistema à redução da complexidade do entorno. Então, o problema político remete-se a outros sistemas funcionais para explicar a crise do Estado Social, tornando as operações inadequadas para a compreensão de seu estado.

Dentre os mecanismos autorreferenciais ineficientes do sistema político contemporâneo citados por Luhmann, destacam-se: "a codificação do sistema político, qual seja, o código operante de tal estrutura o qual vem transcendendo o binômio progressista-conservador",[148] e assim, representa a oposição entre mudança e manutenção das estruturas do sistema social.

Contudo, o código é insuficiente para acompanhar a dinâmica da sociedade, visto que, conforme explana Baggenstoss[149] "em uma sociedade dinâmica, pode ocorrer a reduplicação do código, em que para ser conservador pode ser necessário que algumas coisas mudem e para ser progressista pode ser pertinente manter algumas estruturas". Ainda no que se refere ao Estado Social, para Luhmann,[150] a função do sistema político "provocou a diferenciação do sistema político, pode se caracterizar como a capacidade de impor decisões vinculantes", o que, por sua vez, são decisões que afetam tanto os que as tomam quanto os seus destinatários.

---

[147] Ibid., não paginado.

[148] BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. **Uma proposta de dimensão prescritiva ao sistema jurídico a partir do pensamento sistêmico**. 2014. f. 58. Tese (doutorado) - Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/128843>. Acesso em: 11 jun. 2017.

[149] Ibid. f. 58.

[150] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedade**. México: Universidad Iberoameriana, 2002.

Como o sistema político assumiu a responsabilidade pelos processos econômicos, responsabilidade política pelos conteúdos educativos e garantias políticas para o funcionamento do sistema econômico. E a estrutura política somente pode honrar as prestações aos "subsistemas que podem tomar decisões vinculantes, ou seja, que disponham de mecanismos efetivos para o desempenho de suas operações, caso contrário as prestações políticas sobrecarregariam o sistema político".[151]

Consoante tal entendimento, Luhmann[152] refere que o Estado Social tem sido responsável por essa tendência ao aumento das prestações, mas que tais não são a problemática geradora da sobrecarga do sistema, mas sim as condições que contribuem ao aumento das prestações.

No pensamento luhmanniano, o Estado Democrático de Direito e as Constituições que o fundam são resultado de aquisições evolutivas tanto do sistema jurídico quanto do sistema político. De um lado, tem-se a manutenção da estrutura do Estado de direito, em que a ordem jurídica prescreve deveres, ônus e responsabilidades dos indivíduos e organizações perante o Estado, por outro, tem-se a aquisição do Estado Social, que lhe atribuiu direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos. Vinculado a tal estrutura jurídica, o sistema político resta acoplado ao direito, o qual serve à delimitação e ao controle de poder.[153] Nesse sentido, Neves[154] esclarece que

> a inserção do código de preferência 'lícito-ilícito' como segundo código do poder, no Estado de direito, conduz a uma relação sinalagmática entre sistemas político e jurídico. Se, de um lado, o direito é posto basicamente por decisões políticas, de outro a

---

[151] BAGGENSTOSS, op. cit., f. 58.

[152] LUHMANN, op. cit.

[153] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

[154] Ibid., p. 90.

> diferença entre lícito e ilícito passa a ser relevantes para os órgãos políticos supremos, inclusive para os procedimentos eleitorais de sua escolha.

Assim, sob esse viés histórico de Estado, surge a democracia como papel de revitalização da segurança fundando-se como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana. Na noção de Estado Democrático, fundado no princípio de soberania popular, tem-se a imposição da participação efetiva e operante do povo na coisa pública, "participação que não se exaure na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado democrático, mas não o seu completo desenvolvimento".[155]

O Estado democrático de Direito é, portanto, configurado com o desígnio de suprir essas falhas com a efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos decisórios de sua real participação nos rendimentos da produção, em que segundo Baggenstoss[156] "o objetivo é superar a estrutura estamental proposta pelo Estado de Direito, inserindo, na sua estrutura, a participação popular, visando à sua legitimidade".

Nessa direção, na compreensão luhmanniana, o sistema jurídico frente às alterações históricas das mais diversas ordens (política, social, jurídica, econômica), compõe-se de elementos necessários à correspondência da complexidade do sistema social, de modo que apresenta a Constituição como estrutura limitadora do sistema político e garantidora dos direitos fundamentais e instituidora da divisão de poderes e do processo eleitoral de representação.

---

[155] BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. **Uma proposta de dimensão prescritiva ao sistema jurídico a partir do pensamento sistêmico**. 2014. f. 59. Tese (doutorado) - Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/128843>. Acesso em: 11 jun. 2017.

[156] Ibid., f. 59.

2.3 Constituição como Acoplamento Estrutural entre Política e Direito

No Estado de Direito, a diferenciação da política e direito realiza-se mediante a Constituição[157]. No entendimento teórico sistêmico, não se trata de um conceito "normativo-jurídico, fático-social ou culturalista, no sentido de que todo e qualquer Estado, pré-moderno ou contemporâneo, absolutista, totalitário ou democrático-liberal, tem uma Constituição".[158] A Constituição é compreendida, conforme especifica Neves,[159] "como 'aquisição' evolutiva da sociedade moderna. Envolve um uso linguístico inovador vinculado às transformações revolucionárias ocorridas no início da era contemporânea".

---

[157] A discussão sobre o conceito de Constituição remonta a diversos doutrinadores, nos quais, expõem grandes variações do sentido ou da diversidade conceitual. Primeiramente, busca-se a ideia em Aristóteles, em que conceitua a Constituição (*politeía*) em um sentido mais abrangente, como a ordem de pólis, "Constituição é a ordem (*táxis*) dos Estados em relação aos cargos governamentais (*arkhé*), como eles são de distribuir-se, e à determinação do poder governamental supremo do Estado, como também do fim (*télos*) da respectiva comunidade (*koimonía*)". (ARISTÓTELES. **Politica**. Edição bilingue. Trad. esp. Julián Marías e Maria Araujo. Madri: Instituto de Estúdios Políticos, 1951. p. 167 s.). Conforme esse conceito de organização da pólis, Constituição e Estado podiam ser equiparados. Cabe ressaltar, que o conceito aristotélico tem um papel importante até o início dos tempos modernos. A definição sociológica clássica de Constituição, fundamentou-se em Ferdinand Lassale que cita com clareza e simplicidade, que "as relações de poder realmente existentes em um país". (LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Porto Alegre: Villa Martha, 1980. p. 35), essa frase desconhece que o ordenamento (normativo-jurídico) constitucional tem uma relativa autonomia em face do poder, em que sugere uma "equiparação entre texto e norma constitucional". (Ibid., p. 46). E tratando-se do conceito exclusivamente jurídico de Constituição, nos termos da Teoria Pura do Direito, Kelsen cita que "o escalão de direito positivo mais elevado (Constituição em sentido material) ou as normas jurídicas que, em comparação om as leis ordinárias, só podem ser revogadas ou alteradas através de um procedimento especial submetido a exigências mais severas (Constituição em sentido formal)". (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 247). Nessa perspectiva, pressupõe-se uma identificação entre ordenamento jurídico e Estado, como também, "a norma é concebida como objeto ideal, mais precisamente, sentido objetivo-ideal de um ato de vontade". (Ibid., p. 4). Em outra conceituação, a Constituição está definida nos temos do chamado constitucionalismo, que se impôs com as revoluções dos séculos XVII e XIX, "correspondendo, portanto, ao ideal constitucional do Estado burguês de direito" (CANOTILHO, José Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 64), assim estaria a Constituição relacionada com o conceito de Estado constitucional.

[158] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 95.

[159] Ibid., p. 96.

Nesse sentido, há uma ruptura com o paradigma semântico emergente na transição para a época moderna, "no âmbito do qual a Constituição era conceituada como carta de liberdade ou pacto de poder".[160] Na acepção moderna, a Constituição poder ser compreendida como uma limitação jurídica ao governo. Também, é possível uma conceituação no sentido de que a Constituição no sentido moderno é fator e produto da diferenciação funcional entre política e direito como subsistemas da sociedade.

De acordo com esse modelo, Luhmann vai definir Constituição como acoplamento estrutural[161] entre político e direito. Assim chamado em contraste com "acoplamentos operativos (acoplamentos de operações com operações) e também para distingui-lo das causalidades em curso que, se podemos expressá-lo dessa forma, ignoram ou transgridem os limites do sistema".[162] Existem duas variantes para os acoplamentos operativos. Uma é a chamada autopoiese, que consiste segundo Luhmann[163] "na produção de operações do sistema por mediação das operações do sistema". A outra reside na simultaneidade[164] que sempre se deve prever entre o sistema e o ambiente.

Dessa forma, a Constituição assume a forma de acoplamento estrutural, na medida em que "possibilita influências recíprocas permanentes entre direito e política, filtrando-as. Como forma de dois, inclui e exclui, limita e facilita simultaneamente a influência

---

[160] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 96.

[161] O acoplamento estrutural "importa que o sistema duradouramente pressupõe e conta, no plano de suas próprias estruturas, com particularidades do seu ambiente". Ibid., p. 97.

[162] LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 590.

[163] Ibid., p. 590.

[164] Essa simultaneidade "permite um acoplamento momentâneo das operações do sistema com as que o sistema atribui ao ambiente, por exemplo, a possibilidade de cumprir com uma obrigação legal mediante ou pagamento ou sugerir consenso/dissenso político decretando uma lei". Ibid., p. 590.

entre ambos os sistemas".[165] Enquanto, conforme Neves,[166] "a política é provocadora de irritações, perturbações e surpresas jurídicas, para o direito provoca irritações, perturbações e surpresas jurídicas", assim, possibilita uma solução jurídica do problema de autorreferência do sistema político e, também ao contrário, uma solução política do problema de autorreferência do sistema jurídico.

Os conceitos de "acoplamento estrutural" e "irritação"[167] encontram-se condicionados entre si de maneira mútuas. Também, segundo Luhmann, a irritação é uma "forma de percepção sem um correlato no ambiente. O ambiente em si não é irritado e somente um observador pode formular o enunciado segundo o qual 'o ambiente irrita o sistema'",[168] sendo que, o sistema em si mesmo registra a irritação. O conceito de irritação atenta para o fato de que, apesar da causa do acoplamento estrutural dos sistemas acoplados, e precisamente em razão dela, os "sistemas reagem de maneira diversa no que diz respeito à celeridade, às irritações. A velocidade de ressonância depende das estruturas do sistema e também, sendo assim, da respectiva história do sistema".[169]

Evidentemente, a noção de acoplamento estrutural não aponta para um vínculo "permanente qualquer entre direito e a política, o que implicaria um conceito 'histórico-universal' de Constituição".[170] Se tratando da teoria sistêmica, isso significa a submissão explícita do código diferença "lícito/ilícito" ao código diferença "poder/não-poder".

---

[165] NEVES, op. cit., p. 97-98.

[166] Ibid., p. 98.

[167] O conceito de irritação, tal qual ensina Luhmann, "não contradiz a tese do fechamento autopoiético nem nega que o sistema seja determinado por suas próprias estruturas. Trata-se muito mais de o conceito pressupor a teoria". LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 593.

[168] Ibid., p. 593.

[169] Ibid., p. 594.

[170] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 98.

Os acoplamentos estruturais, com seu duplo efeito (de inclusão e exclusão), facilitam a concentração da irritabilidade e mesmo preparam-se, como cita Luhmann[171] "no âmbito de suas possibilidades, para eventualidades. O sistema só pode desenvolver sobre tal base as sensibilidades que permanecem na esfera das operações controláveis".

Sendo assim, através da Constituição como acoplamento estrutural, as "ingerências da política no direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos são excluídas, e vice-versa. Configura-se um vínculo intersistêmico horizontal, típico do Estado de Direito".[172]

A autonomia operacional de ambos é condição e resultado da própria existência desse acoplamento. No modelo da teoria dos sistemas, a Constituição, mesmo que seja acoplamento estrutural entre política e direito, é concebida por cada um dos "sistemas como mecanismo interno de sua autorreprodução",[173] possibilitando assim, o reingresso da diferença entre o jurídico e político nos respectivos sistemas.

Do ponto de vista do direito, Neves[174] apresenta a Constituição como "estrutura normativa que possibilita e resulta de sua autonomia operacional". Nesse sentido,

> Constituição é a forma com a qual o sistema jurídico reage à própria autonomia. A Constituição deve, com outras palavras, substituir apoios externos, tais como os que foram postulados pelo direito natural. Ela impede que critérios externos de natureza valorativa, moral e política tenham validade imediata no interior do sistema jurídico, delimitando-lhe, dessa maneira, as fronteiras. A Constituição fecha o sistema jurídico, enquanto o regula como

---

[171] LUHMANN, op. cit., p. 594.

[172] NEVES, op. cit., p. 98.

[173] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 99.

[174] Ibid., p. 99.

> um domínio no qual ela mesma reaparece. Ela constitui o sistema jurídico como sistema fechado através do reingresso no sistema.[175]

Em se tratando da forma normativa de expectativas, pressupõe o acoplamento de sistemas de consciência[176] e comunicação. Dispõe também, "na forma do direito, de estruturas de captação que impedem que essa constante frustração conduza à anulação das estruturas".[177] Assim, a conformação do direito é uma função do sistema da sociedade, exposta a um problema que resulta do acoplamento estrutural desse sistema com seu ambiente.

A Constituição, enquanto normatização de processos de produção normativa, apresenta-se como mecanismo reflexivo do sistema jurídico. A normatividade constitucional "fica os limites da capacidade de aprendizado do direito. Estabelece como e até que ponto o sistema jurídico pode reciclar-se[178] sem perder a sua identidade/autonomia".[179]

Nesse sentido, a estrutura normativa da Constituição determina os parâmetros básicos do fechamento normativo e da abertura cognitiva do direito, ou seja, "a Constituição configura-se como o mecanismo mais abrangente de controle autorreprodução jurídica e de filtragem das influências do ambiente no direito enquanto sistema autopoiético".[180]

---

[175] Ibid., p. 99.

[176] Luhmann traz o sentido que a sociedade como um sistema de comunicação depende de um acoplamento estrutural com os sistemas de consciência. Tratando a ideia que é unicamente por meio da consciência (e não, por exemplo, de maneira química, bioquímica ou neurofisiológica) que a sociedade pode ser influenciada por seu ambiente e é por esse modo que se faz possível construir um alto grau de complexidade no sistema da sociedade, baseando-se na comunicação. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 595.

[177] Ibid., p. 595.

[178] Neves explica que "a auto reciclagem decorrente da capacidade de aprendizado tem que respeitar princípios e normas constitucionais que se apresentam como limitações implícitas e explícitas à mutação jurídica da Constituição". NEVES, op. cit., p. 100.

[179] Ibid., p. 100.

[180] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 101.

Pode-se afirmar, em suma, que a Constituição "provê soluções políticas para o problema da autorreferência do direito e soluções jurídicas para o problema da autorreferência política".[181] Trata-se de uma Constituição do "Estado", ou seja, supõe-se como objetivo que demanda uma Constituição. Portanto, segundo Luhmann, é o Estado constitucional que desempenha a função de acoplamento, e assume o sentido que "para o sistema político é um instrumento político no duplo sentido de política instrumental (modificadora de decisões) e de política simbólica (não modificadora de decisões)".[182] E mesmo que se pareça uma contradição, as duas versões são compatíveis graças ao fechamento operativo dos sistemas.

Somente na perspectiva própria do sistema as circunstâncias se encontram sujeitas as modificações devidas às operações do sistema que lhes correspondam. Assim, é possível que se desenvolvam, de maneira separada, o sentido jurídico e o sentido político da Constituição, o que se torna acessível num incremento da irritação recíproca. Da mesma forma, "é concebível que em muitos países em desenvolvimento se observe que as constituições servem, quase exclusivamente, como instrumento da política simbólica",[183] pois ainda não houve fechamento operativo do sistema jurídico e torná-lo impermeável à influência da política e de outras forças sociais.

No entanto, Luhmann[184] explana que "mesmo em tal caso é possível reconhecer o modelo moderno do acoplamento estrutural, ainda que unicamente como aparência verdadeira (ou seja, funcional)". O uso simbólico das Constituições serve à política para que se proceda como se o direito a limitasse e irritasse, e para afastar as relações de poder à comunicação, num sentido pleno, a

---

[181] LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 641.

[182] Ibid., p. 641-642.

[183] Ibid., p. 642.

[184] Ibid., p. 642.

Constituição, como aquisição evolutiva, cumpre "sua função unicamente sob o pressuposto da diferenciação funcional e do fechamento operativo dos sistemas político e jurídico".[185]

Nesse ínterim, no âmbito do Estado de Direito e em consonância com a teoria sistêmica de acoplamento estrutural, a Constituição reingressa no interior do sistema político[186] como mecanismo que conforme Neves[187] "viabiliza a inserção do código 'lícito/ilícito' como segundo código da política".

Nessa concepção, imuniza o sistema político em relação às pressões particulares concretas, trata-se como Neves[188] explica, de uma "imunização jurídica recepcionada internamente pelo sistema político na construção de sua própria autonomia". Essa imunização envolve a institucionalização do procedimento eleitoral democrático que serve de empecilho à manipulação do sistema político "por interesses particularistas e encerra, indissociavelmente, a formação pluripartidária do parlamento, incompatível como o mandato imperativo".[189] Com isso, protege o sistema político, por meio da instituição da divisão de poderes contra uma expansão destrutiva da própria autonomia.

---

[185] Ibid., p. 642.

[186] O sistema político se "subordina à autoirritação que subjaz à possibilidade de suscitar uma modificação jurídica. A positivação do direito representa um imenso potencial para a ação política, enquanto política em si se ocupa constantemente da seleção de tais modificações". (LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 643). Assim, suscitar uma modificação jurídica é fazer política. O sistema político pode reagir de maneiras distintas a tais iniciativas, mas não pode deixar de reconhece-las como operação do próprio sistema. Por isso, de acordo Luhmann, "para o sistema político, a positivação do direito significa exigir a política, em particular mediante decisão estrutural para a democracia". (Ibid., p. 643). Assim mesmo, "o sistema do direito se encontra exposto a iniciativas políticas das quais é preciso constantemente se encarregar de elaborar, no procedimento de legislação, regulamentação administrativa e jurisdição (incluindo aí a jurisdição de tribunais constitucionais)". (Ibid., p. 643). Mostra-se, que isso deforma as formas tradicionais do exame de consistência baseadas em decisões casuísticas de tribunais e no desenvolvimento muito permeável da dogmática jurídica.

[187] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 101.

[188] Ibid., p. 101.

[189] Ibid., p. 102.

Como acoplamento estrutural entre política e direito, e assim, por reingresso, meios de "autonomia de cada um desses sistemas, a Constituição do Estado Democrático de Direito institucionaliza tanto o procedimento eleitoral e a 'divisão dos poderes' quanto os direitos fundamentais".[190] Aqueles formam exigências primariamente políticas, estes, jurídicas. Porém, trata-se de instituições inseparáveis na caracterização do Estado Democrático de Direito.

Assim, conforme Neves,[191] "é que a eleição como procedimento político importa o voto como direito fundamental, a 'divisão de poderes' e, portanto, o controle jurídico da política mediante, sobretudo, as garantias fundamentais contra a ilegalidade do poder". Na compreensão sistêmica, a noção de direitos fundamentais não se confunde com a concepção de "direitos humanos"[192], mostra antes para uma resposta do sistema jurídico à diferenciação funcional da sociedade moderna. Para Neves[193] a função dos direitos fundamentais "relaciona-se com o 'perigo da indiferenciação', servindo à manutenção de uma ordem diferenciada de comunicação".

O acoplamento comunicação/consciência, com todas as suas consequências, como socialização, expectativas individuais, a irritabilidade etc., "refere-se ao sistema social em todas as suas esferas; pois sem comunicação e sem participação da consciência na

---

[190] Ibid., p. 102.

[191] Ibid., p. 102.

[192] Neves explica que Luhmann "reelabora o conceito de direitos humanos na perspectiva de um sistema jurídico mundial, propondo que a discussão concentra-se no problema das ofensas flagrantes e escandalosas à 'dignidade humana', no âmbito de uma semântica restritiva dos direitos humanos". (NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 102). Luhmann traz que a força com que a "transição para a ideia jurídica dos 'direitos subjetivos' influiu, desde meados do século XVII, nos já mencionados mecanismos de acoplamento estrutural, no direito de propriedade, assim como nas expectativas orientadas para uma Constituição". (LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 649). Enquanto "alguém ousar fazer formulações em termos do direito natural, os direitos humanos podem se considerar precondições, que devem ser respeitadas por todo ordenamento jurídico se quiserem se qualificar como direito". Ibid., p. 649-650.

[193] NEVES, op. cit., p. 102.

comunicação, nada pode funcionar".[194] Com isso, a diferenciação funcional da sociedade reingressa por meio constitucional no direito, "que assegura, assim, o livre desenvolvimento da comunicação conforme diversos códigos sistêmicos autônomos".[195]

Assim, a institucionalização dos direitos humanos defende a sociedade contra uma simplificação totalitária[196] incompatível com o caráter da modernidade complexa, apresenta-se, sobretudo, "como um antídoto ao perigo da 'politização' [...], ou seja, prevalência imediata e absorvente dos critérios políticos em todas as esferas de comunicação: ciência, economia, amor, arte, moral, etc."[197] Também, a implementação dos direitos humanos incide nessa perspectiva, "à medida que existem possibilidades de influir politicamente na percepção de assumir seus próprios direitos e fazer uso deles".[198]

Os direitos humanos justificam, conforme Luhmann,[199] "a letargia jurídica, a ausência dos afetos. Esses direitos concedem não apenas liberdades no direito, mas, da mesma forma, liberdade de direito". Isso não significa debilidade da política, mas antes proporciona um relacionamento com a sua intensificação enquanto sistema diferenciado e especializado funcionalmente para cumprir com suas funções de tomada de decisões vinculantes em uma sociedade complexa.

A limitação do poder é, ao mesmo tempo, "a fortificação de sua capacidade de enfrentar politicamente problemas os mais diversos, advindos como 'perturbações' de todas as esferas

---

[194] LUHMANN, op. cit., p. 652-653.

[195] NEVES, op. cit., p. 103.

[196] Para Neves "às tendências totalitárias contrárias aos direitos humanos parecem compatível com essa colocação, na medida em que ele reconduz a institucionalização desses direitos à diferenciação de poder, lei e saber Ibid., p. 103.

[197] Ibid., p. 103.

[198] LUHMANN, op. cit., p. 657.

[199] LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 658.

diferenciadas de comunicação",[200] no quais, constituem-se no ambiente social do sistema. Assim, quanto mais outros sistemas funcionais e, sobretudo a "maquinaria de regulamentação do Estado político buscarem, em suas formas, a segurança do êxito, mais perturbadora poderá ser essa forma de conexão para esse frágil, imperscrutável e subjetivo ambiente".[201]

Em conexão com essa compreensão sistêmica dos direitos fundamentais, a "institucionalização constitucional do procedimento eleitoral não é compreendida como vinculação imediata da política às determinações da sociedade como o sistema mais abrangente de comunicações ou às de qualquer subsistema social".[202] Contrariamente, a eleição democrática importa uma filtragem da influência externa, e isso exclui a possibilidade dos interesses particulares no âmbito da política. Assim sendo, Neves[203] aclara que "a eleição serve à generalização do apoio político. Não apenas descarrega o eleito da sobrecarga de pressões concretas as mais diversas".

A eleição democrática, na teoria dos sistemas, tem uma função "descarregante da política em face da sobrecarga de influências do seu ambiente, possibilitando que o eleito e eleitor atuem com independência dos seus outros vínculos sociais".[204] Funciona assim, como mecanismo de suporte generalizado do sistema político, no que tange a sua diferenciação.

Nessa perspectiva, a inexistência de eleições democráticas, relaciona-se com tendências ideológicas que contrariam a pluralidade contraditória de valores e interesses, no qual, são inerentes à sociedade complexa de hoje. Dessa maneira, o Estado se filia com determinados grupos dominante e respectivas ideologias,

---

[200] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 103.

[201] LUHMANN, op. cit., p. 658.

[202] NEVES, op. cit., p. 103-104.

[203] Ibid., p. 104.

[204] Ibid., p. 104-105.

o que leva à indiferenciação da sociedade, à ausência da Constituição como acoplamento estrutural entre direito e política. Ao procedimento eleitoral democrático acrescenta-se a divisão dos poderes com mecanismo que assegura a diferenciação entre política e direito. Através dela, o código do poder associa-se ao código jurídico, procedimentos de decisão política são mediados pela via do direito.

Além o acoplamento estrutural vinculativo do sistema político e do sistema judiciário, ambos apresentam funções complementares e, assim como a especialidade dos sistemas funcionais, "la distinción entre competencia legislativa y judicial se basa en la diferenciación de los procedimientos correspondientes. Supone, por consiguiente, la evolución de las normas de competencia y su delimitación restrictiva".[205]

Nesse sentido, é corretamente concebida "como limitação do poder por uma esfera jurídica autônoma, mas também é uma forma de vincular procedimentos primariamente jurídicos a processos de decisão política, por força do princípio da legalidade".[206] Envolve, portanto, a realimentação circular entre legislação e jurisdição. Nas palavras de Luhmann[207]:

> Parte de la trascendencia de la distinción entre legislación y jurisprudencia es la singularidad de que la actividad tribunal se determina primero, si no es que exclusivamente, dentro de esta distinción. A diferencia de la legislación, en la jurisprudencia se trata de la 'aplicación' del derecho a través de decisiones aplicadas a los casos particulares. Si con motivo de estas decisiones se desarrollan (o se confirman) reglas de decisión, axiomas, principios y teorías jurídicas, esto acontece, en cierto sentido, en el desconocimiento de la mano izquierda y sólo en cumplimiento de la ley que, a su vez, ordena que se de fundamento a las decisiones.

---

[205] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2006. p. 215.

[206] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 105.

[207] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedade (versão 5.0, 2003)**. [S.l.], 2003. p. 218. Disponível em: <http://migre.me/jEyfw>. Acesso em: 10 jan. 2017.

Nesse compasso, "ningún tribunal debe dar inicio a un juicio por sí mismo -aunque las calamidades se estén incrementando a su alrededor",[208] assim como não deve agir em desconformidade ou além da legislação. Desse modo, "referindo-se à relação assimétrica entre a legislação e a jurisprudência e com a ajuda de meios derivados (como a doutrina das fontes do direito), tenta-se evitar a circularidade de o tribunal produzir a própria lei que, por ele, será aplicada".[209] Assim, as decisões judiciais devem ser esterilizadas e que servem principalmente como conhecimento do direito e até mesmo da doutrina de fontes legais.

Além do mais, "serve a filtragem entre política e administração, assim como ao 'prolongamento da cadeia do poder'".[210] A especialização constitucional tem dois lados, um que funcionalmente limita juridicamente o poder, no qual o intensifica, e por outro, vincula o direito às decisões políticas, fortificando-lhe a autonomia. Assim sendo, o início dos procedimentos funcionalmente diferenciados (administrativo, legislativo e judiciário), aumenta a capacidade dos sistemas político e jurídico de responder corretamente às condições do respectivo ambiente.

Na perspectiva da teoria dos sistemas, Neves[211] aclara que não se trata de "isolamento interorgânico, mas antes de interdependência procedimental". De acordo com esse paradigma teórico, a ausência da divisão dos poderes, implicando efeitos indiferenciados, em especial na relação entre direito e política, é

---

[208] Ibid., p. 218.

[209] BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. **Uma proposta de dimensão prescritiva ao sistema jurídico a partir do pensamento sistêmico**. 2014. f. 68. Tese (doutorado) - Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/128843>. Acesso em: 11 jun. 2017.

[210] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 106.

[211] Ibid., p. 106.

"concebida como funcionalmente incomparável com a complexidade da sociedade moderna".[212]

Sendo assim, a Constituição relaciona-se com transformações estruturais que engendraram as bases para o surgimento da sociedade moderna. O incremento da complexidade social faz emergir a pretensão crescente de autonomia das esferas de comunicação, no que diz respeito aos sistemas diferenciados funcionalmente na sociedade moderna. Há não só um "desintrincamento de lei, poder e saber, nem apenas a obtenção da liberdade religiosa econômica pelo homem, mas um amplo processo de diferenciação sistêmico-funcional".[213] Mediante esse processo, a sociedade torna-se "multicêntrica[214]" ou "policontextural".

Nesse norte, a sociedade moderna nasce como sociedade mundial[215], apresenta-se como uma "formação social que se desvincula das organizações políticas territoriais, embora estas, na forma de Estados, constituam uma das dimensões fundamentais à sua reprodução".[216] Assim, em princípio, implica que o horizonte das comunicações ultrapassa as fronteiras nacionais. Constitui-se, conforme explica Neves,[217] como uma conexão "unitária de uma pluralidade de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e, simultaneamente, de complementaridade". Não se confunde, portanto, com a ordem internacional, sendo essa apenas uma das

---

[212] Ibid., p. 106.

[213] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 23.

[214] Neves conceitua que a diferença entre sistema e ambiente "desenvolve-se em diversos âmbitos de comunicação, de tal maneira que se afirmam distintas pretensões contrapostas de autonomia sistêmica". (Ibid., p. 23). Também, na medida em que toda diferença se torna o "centro do mundo", a "policontexturalidade implica uma pluralidade de autodescrições da sociedade, levando à formação de diversas racionalidades parciais conflitantes. Falta, então, uma diferença última, suprema, que possa impor-se contra todas as outras diferenças". (Ibid., p. 23-24). Ou seja, não há um centro da sociedade que possa ter uma posição mais privilegiada para sua descrição e observação, assim como, não há um sistema social a partir do qual todos os outros possam ser compreendidos.

[215] LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. 2. ed. Milano: Franco Angeli, 1992. p. 45-54.

[216] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 26.

[217] Ibid., p. 26.

dimensões da sociedade mundial. Também, não se confunde sociedade mundial com o conceito de globalização.

Cabe considerar a globalização como efeito de uma intensificação da sociedade mundial, no qual, começa a se desenvolver a partir do século XVI e consolida-se estruturalmente com o surgimento de "um único tempo mundial na metade do século XIX, em um processo de transformações paulatinas, que se torna finalmente irreversível",[218] alcançando um grau de desenvolvimento relevante no fim do século XX, no qual se assenta no plano das estruturas sociais e passa a ser dominante no plano da semântica: "a sociedade passa a (auto-)observar-se e (auto)descrever-se como mundial ou global".[219]

Essa situação relaciona-se com a crescente nas relações sociais, com reflexos profundos na reprodução dos sistemas político-jurídicos, territorialmente segmentados em forma de Estado. Giddens[220] defini a globalização "no sentido de uma intensificação de relações sociais mundiais, partindo, porém, de um conceito de sociedade moderna centrado no Estado Nacional". Ou seja, a globalização apresenta-se no plano semântico da reflexão da sociedade mundial.

A sociedade mundial por ser tratada como multicêntrica, não pode ser definida como um sistema capitalista mundial, cabe defini-la como "uma sociedade que se desenvolve primariamente com base nas expectativas cognitivas (economia, ciência e técnica)".[221] Não se perde forçosamente a autonomia dos outros sistemas sociais, porém, a economia constitui o mais relevante fator a ser observado, sendo que, esse pode levar a experiências de diferenciação economicamente "condicionada no âmbito da sociedade mundial,

---

[218] LUHMANN, op. cit., p. 47.

[219] NEVES, op. cit., p. 27.

[220] GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991. p. 64.

[221] NEVES, Marcelo. Da autopoiese à alopoiese do direito. **Anuário do Mestrado em Direito**, Recife, n. 5, p. 75, 1992.

um problema que é persistente na constelação social da modernidade periférica".[222]

Se, no plano estrutural, é possível firmar o primado da economia, por outro lado, observa-se que, no âmbito da semântica, o sistema dos meios de comunicação em massa assume o primado na sociedade mundial. Isso porque esse sistema, "se reproduz com base na diferença 'informação/não informação', atua seletivamente em face das diversas possíveis autodescrições da sociedade".[223]

A força crescente dos sistemas baseados em expectativas cognitivas (no plano estrutural que diz respeito a economia, técnica e ciência ou no plano semântico, que são os meios de comunicação de massa) da sociedade mundial, tornou-se relevante a emergência de uma nova ordem mundial "concernente não só a processos de tomada de decisão coletivamente vinculante, mas também a mecanismos de estabilização de expectativas normativas e regulação jurídica de comportamentos".[224] Significa uma transformação normativa à expansão dinâmica do momento cognitivo da sociedade mundial. Em relação a essa nova ordem mundial[225], refere-se especificamente com o trabalho em redes de cooperação e

---

[222] Ibid., p. 72.

[223] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 29.

[224] Ibid., p. 31.

[225] Destacam-se duas compreensões segundo Anne-Marie Slaughter, em uma vertente é "concebida fundamentalmente como uma ordem baseada em uma rede tridimensional intrincada de conexões entre instituições estatais desagradas" (2004, p. 15), no qual seria um mundo emalhado por inumeráveis redes governamentais. Estas incluiriam "redes horizontais e redes verticais, redes para coletar e partilhar informações de todos os tipos, para coordenação política, para execução de cooperação, para assistência e treinamento técnico e para produção de normas". (SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order**. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 15). Sendo bilaterais, plurilaterais, regionais ou globais, que em conjunto, forneceriam a infraestrutura da governança global. Por outra orientação, a ênfase é dada às redes de atores privados e quase públicos no plano global. Nessa perspectiva, Gunther Teubner cita que "apesar de toda a internacionalidade da política e de todo o direito internacional público, o ponto principal da política e do direito reside ainda hoje no Estado Nacional". (TEUBNER, Gunther. **Global Bukowina**: legal pluralism in the world-society. Burlington: Ashgate, 2003. p. 12. (Global Law Without a State). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=896478>. Acesso em: 28 ago. 2017). Na via da globalização, "a política foi claramente ultrapassada pelos outros sistemas sociais, não apenas perdeu seu papel de liderança, mas regrediu nitidamente em comparação com outros âmbitos parciais da sociedade". (Ibid., p. 12).

administração dos conflitos entre diversos agentes estatais, tendo em vista que os problemas vão além das fronteiras dos respectivos Estados.

A diminuição da capacidade regulatória do Estado com o surgimento de novos problemas globalizados relaciona-se, paradoxalmente, com o "incremento das tarefas que se apresentam ao Estado em face dos novos desafios da sociedade mundial".[226] Nesse sentido, leva-se em conta que o Estado é o foco fundamental da reprodução da nova ordem normativa mundial, contudo, não se desconhece a emergência de novos atores, sistemas, regimes ou redes globais com pretensão de tomar decisões coletivas envolvendo a produção de normas jurídicas.

Porém, seguindo o modelo de Slaugther, também "se me afigura problemática a ideia de fronteiras nítidas entre redes governamentais e redes privadas ou quase públicas de atores globais".[227] Antes, o que tem se verificado é um entrelaçamento de ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais no que concerne de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, a partir do qual se desenvolve a teoria transconstitucional da sociedade mundial.

---

[226] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 34.

[227] Ibid., p. 34.

3

Constituições transversais no sistema jurídico contemporâneo ao transconstitucionalismo entre ordens jurídicas

O presente capítulo tem como objetivo verificar a teoria do transconstitucionalismo como modelo de entrelaçamento que serve à racionalidade transversal entre ordens jurídicas diversas, a partir do pressuposto de que, perpassando fronteiras, abre-se a um "diálogo" ou uma "conversação" para solução de problemas constitucionais, melhor adequando-se às relações entre ordens jurídicas do sistema jurídico da sociedade mundial, no qual ocorre um transconstitucionalismo pluridimensional.

O cerne é averiguar as questões dos direitos humanos e direitos fundamentais, os quais surgiram como um problema jurídico-constitucional no âmbito dos Estados, o qual hoje perpassa todos os tipos de ordens jurídicas no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos: ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais, constituindo uma questão central do transconstitucionalismo.

O entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas cria a expectativa de que todas se apresentem capazes de reconstruírem-se permanentemente mediante a alteridade de ordens jurídicas, interessadas concomitantemente na solução dos mesmos problemas jurídicos constitucionais.

3.1 Do Acoplamento Estrutural à Racionalidade Transversal

A sociedade moderna multicêntrica, constituída de uma pluralidade de esferas de comunicação com anseio de autonomia e conflitantes entre si, desenvolve mecanismos que possibilitam vínculos construtivos de aprendizado e influência recíproca entre os diversos sistemas sociais, caso contrário, estaria condenada a sua própria destruição. Assim, é imprescindível que possua vínculos estruturais que propiciem as interinfluências entre diversos âmbitos autônomos de comunicação.

A esse respeito, acerca da relação externa entre sociedade e consciência, Luhmann[1] define a "linguagem como acoplamento estrutural". Ela permitiria a "instigação e influência recíproca entre comunicação e representações mentais, excluindo mútua e seletivamente alguns fluxos de sentido e admitindo a incorporação de outros em cada um dos sistemas acoplados".[2] A linguagem possibilita que as matérias das comunicações, informação e compreensão, sejam assimilados no interior da consciência. Nas relações dos subsistemas da sociedade, Luhmann apresenta diversas formas[3] de acoplamentos estruturais, que vinculam estavelmente processos sociais autônomos.

Os acoplamentos estruturais constituem mecanismos de interpenetrações concentradas e duradouras entre sistemas sociais. No âmbito da teoria luhmanniana, "as interpenetrações possibilitam apenas que cada sistema ponha reciprocamente à disposição da

---

[1] LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de bienestar**. Madrid: Alianza Universidad, 2007. p. 79.

[2] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 35.

[3] Conforme analisado no capítulo anterior, Luhmann elege diversas formas de acoplamentos estruturais. Assim, na relação entre economia e direito, são apresentados como acoplamentos estruturais entre os sistemas econômico e jurídico. No âmbito do direito, orienta-se na definição de lícito e ilícito. Além desses Luhmann considera os seguintes acoplamentos estruturais entre sistemas parciais: "a assessoria dos expertos na relação entre política e ciência; a universidade no vínculo entre educação e ciência; [...] a opinião pública na conexão entre política e sistema dos meios de massa". (LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de bienestar**. Madrid: Alianza Universidad, 2007. p. 622). Por fim, aponta para a Constituição como acoplamento estrutural entre política e direito.

autoconstrução da outra complexidade desordenada, ou seja, o sistema receptor tem à sua disposição complexidade inapreensível",[4] portanto, gera desordem. Assim, fica excluída a possibilidade de que, "reciprocamente, a complexidade preordenada e a própria racionalidade processada por um dos sistemas sejam postas à disposição do outro, tornando-se acessíveis a este enquanto sistema receptor".[5]

E é isso que possibilita a estruturação de uma racionalidade transversal entre esferas autônomas de comunicação da sociedade mundial. No sentido de Teubner[6], trata-se apenas de "interferências operativas", mas Neves[7] aclara que são "mecanismos estruturais que possibilitam o intercâmbio construtivo de experiências entre racionalidades parciais diversas, que conforme o tipo e a singularidade dos respectivos sistemas ou discursos", e de acordo suas específicas relações, variará na forma e no conteúdo. Portanto, no sentido ora empregado, os conceitos de racionalidade transversal e acoplamento estrutural são análogos, "pois a afirmação da primeira supõe a existência do segundo. No entanto, a noção de racionalidade transversal importa um *plus* em relação à de acoplamento estrutural".[8]

A razão transversal é uma proposta teórica de Wolfgang Welsch, na esteira de Jean-François Lyotard, o qual considera a sociedade multicêntrica sob a luz da heterogeneidade dos jogos de linguagem. Nessa perspectiva, Welsch propõe o conceito de racionalidade transversal, que não tem o "*status* de razão – o *status* de uma faculdade não de impor decretos, senão de fazer transições".[9] Trata-se de uma razão que não é outorgada aos

---

[4] NEVES, op. cit., p. 37.

[5] TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético.** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p. 179.

[6] Ibid., p. 179.

[7] NEVES, op. cit., p. 38.

[8] Ibid., p. 38.

[9] WELSCH, 1996, p. 759 apud NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 39.

mecanismos de linguagem particulares, mas, ao contrário, Welsch[10] afirma que "está envolvida com entrelaçamentos que lhe servem como 'pontes de transição' entre heterogêneos".

Dessa maneira, fala-se em uma metanarrativa pós-moderna, no qual, do ponto de vista descritivo, normativamente cabe expressá-la mediante esse enunciado proposto por Welsch:[11] "as diversas concepções não devem ser medidas, descreditadas ou coativamente unidas em nome de um supermodelo – que, na verdade, só poderia ser um modelo parcial (correspondente a uma narrativa particular)". A dimensão normativa aponta conforme Neves[12], para uma "razão transversal com justiça, concebendo-se esta como nova ideia condutora daquela", seria uma justiça sem consenso, ou justiça em face do heterogêneo.

A justiça teria o papel de intervir correlativamente nas formas especificas da racionalidade e também ordenar a relação entre estas, impedindo exclusões, majorações e totalizações, assim como viabilizando as trocas e o caráter racional dos conflitos entre elas. Nesse particular, o modelo de justiça proposto por Neves aproxima-se da concepção de justiça fornecida por Jacques Derrida, que compreende a justiça nos termos da "desconstrução". Segundo tal entendimento, a justiça, "ao contrário do direito, não seria 'desconstruível', pois consistiria na própria 'desconstrução'".[13] Assim a justiça enquanto desconstrução teria um lugar privilegiado.

O conceito de uma razão transversal abrangente é de uma metanarrativa pós-moderna supra ordenada abrem discussões nas condições de reprodução de uma sociedade mundial multicêntrica. Haja vista que muitas diferenças, pretensões de autonomia e autodescrições da sociedade "encontram-se em relações recíprocas

---

[10] Ibid., p. 39.

[11] Ibid., p. 39.

[12] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 39-40.

[13] DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: fundamento místico da autoridade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 27.

muitos distintas, a ideia de uma razão abrangente e de um respectivo metadiscurso torna-se sem sentido para os domínios diferenciados de comunicações".[14] Os campos de comunicações, ao se conectarem um com outro, desenvolvem seus próprios mecanismos estáveis de influência e aprendizado mútuos.

Em suma, racionalidades transversais parciais podem servir à relação construtiva entre as "racionalidades particulares dos sistemas ou jogos de linguagem que se encontram em conforto".[15] Cada racionalidade transversal parcial está vinculada, em termos estruturais, às racionalidades particulares, para atuar como uma "ponte de transição" específica entre elas.

A racionalidade transversal, assim como o acoplamento estrutural, apresenta uma forma de dois lados, o lado negativo do acoplamento estrutural são os bloqueios recíprocos causadas pelas autonomias sistêmicas mediante corrupção dos sistemas envolvidos. Assim, o código de um dos sistemas é sabotado pelo código de outro sistema[16], em que aquele perde sua eficácia de reprodução concisa.

Há inumeráveis fenômenos de corrupção sistêmica, como face negativa dos acoplamentos estruturais, e isso se tornou um grande problema moral[17] da sociedade mundial contemporânea. Em síntese,

---

[14] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 42.

[15] Ibid., p. 42.

[16] Veja-se, a exemplo do sistema econômico, se o código "ter/não ter", por via do processo eleitoral ou dos procedimentos tributários e fiscais, "corromper as regras do jogo democrático, sabotando diretamente o código da política, dar-se-á a corrupção sistêmica se houver incapacidade do sistema político de reagir, conforme seus próprios critérios e programas, à sobreposição negativa da economia". (Ibid., p. 42). Mas, inversamente, contribuições politicas concedidos para grupos econômicos que apoiam o governo podem ser interpretados como corrupção política da economia, sabotagem política do código econômico. Também cabe tratar da corrupção política do direito, em que o poder, por força da pressão ilícita, "é capaz de obter decisões judiciais, policiais ou do Ministério Público juridicamente inconsistentes, sem que o direito tenha condições de reagir com seus próprios códigos e critérios". Ibid., p. 43.

[17] A moral segundo Corsi, Esposito e Beraldi é, "un fenómeno que no se localiza em um subsistema específico, pero puede presentarse em cualquier ámbito de la sociedade: se pueden aducir motivaciones morales para contrastar la búsqueda científica em ciertos âmbitos, como por ejemplo la eugenética [...] la moral, em otras palavras no es um fenómeno de tal manera improbable que exija la duferenciación de um sistema parcial o bien apoyos simbólicos que motiven um sentido moral".

Neves elucida que a autonomia dos sistemas funcionais, "assegurada mediante codificações binárias próprias, exclui uma metarregulação por um supercódigo moral, e a moral mesma aceita e, inclusive, re-moraliza essa condição".[18] Dessa forma, sabotagens de código tornam-se o problema da moral, por exemplo, "a corrupção na política e no direito, o doping no esporte, a compra de amor ou a fraude de dados na pesquisa empírica".[19]

Assim sendo, "mesmo que descartado o supercódigo, afastada a integração moral da sociedade e, portanto, afirmada a forma policontextural de auto-observação da sociedade, a moral, ao concentrar a sua atenção nas patologias",[20] atua difusamente no contexto dos sistemas sociais mediante um código binário que "contribui para assegurar-lhes a autonomia, na medida em que alerta e 'denuncia' a sabotagem dos respectivos códigos e as correspondentes corrupções sistêmicas".[21]

A corrupção sistêmica pode permanecer no campo operativo (sendo momentânea e eventual); porém, alcançando o nível estrutural se torna problemática, atuando no plano da estabilização das expectativas. Nesse caso, já é quase certo de que o sistema corrompido não tenha condições de reagir aos atos de corrupção. E agrava-se ainda mais em contextos sociais da sociedade contemporânea, quando a corrupção estrutural de um sistema por outro tem uma propensão à generalização. No âmbito da teoria dos sistemas, Neves se refere a essa situação como caso de alopoiese[22] do

---

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BERALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidade Iberoamericana, 1996. p. 113.

[18] NEVES, op. cit., p. 43.

[19] LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de bienestar**. Madrid: Alianza Universidad, 2007. p. 826.

[20] Ibid., p. 826.

[21] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 44.

[22] O conceito de alopoiese se contrapõe do modelo luhmanniano do direito moderno (positivo) autopoiético, pois se relaciona com o estado de corrupção sistêmica. A alopoiese segundo Hommerding e Lyra, "cuida-se da falta de autonomia operacional do direito, que é invadido/corrompido por outros códigos, não conseguindo forjar sua legalidade, perdendo a condição de reflexão/reflexividade".

direito, pois "esse sistema é determinado diretamente (não apenas condicionado) por outro(s), sendo incapaz de uma autoprodução consistente ou fechamento operativo".[23]

Considerando a racionalidade transversal[24], cabe analisar que seu lado negativo não se esgota na corrupção sistêmica. Essa se refere à "quebra de capacidade de reprodução consistente (autorreferência) por força de bloqueios externos, minando a função seletiva dos acoplamentos estruturais".[25] No nível dos entrelaçamentos que servem às racionalidades transversais como "pontes de transição" entre áreas heterogêneas, o lado negativo encontra-se especificamente no "autismo e na expansão de um âmbito de racionalidade sem reconhecimento do outro".[26] A alteridade é negada, tendo em vista que uma esfera da racionalidade perde a percepção de aprendizado em relação a outra.

A corrupção sistêmica se configura como lado negativo dos acoplamentos estruturais, no qual, constitui problema moral[27] da sociedade contemporânea, a otimização e a expansão imperial de uma racionalidade, lado negativo das racionalidades transversais,

---

(HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Racionalidade das leis penais e legislação simbólica**. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014. p. 99). Portanto, a alopoiese ocorre quando o "código do Direito não consegue alcançar determinados âmbitos da sociedade, na medida em que sofrem bloqueios, especialmente pelo sistema econômico e seu metacódigo (inclusão/exclusão), ou ainda, quando é invadido por outros subsistemas, perdendo sua autonomia". (Ibid., p. 99). E, nesse passo, Lyra nota que o "problema das sociedades atuais e sua diferenciação funcional é que há uma diferença abismal entre inclusão/exclusão, que acaba bloqueando o acesso de grandes contingentes populacionais à comunicação dos sistemas funcionais". LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 95, p. 258, 2012.

[23] NEVES, Marcelo. Da autopoiese à alopoiese do direito. **Anuário do Mestrado em Direito**, Recife, n. 5, p. 140, 1992.

[24] A racionalidade transversal pode ser considerada uma utopia, mas isso "não exclui que seja tanto uma exigência funcional como uma pretensão normativa característica da sociedade mundial hodierna". NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 49.

[25] Ibid., p. 45.

[26] Ibid., p. 45.

[27] O conceito de moral relacionada ao contexto, se trata do "dissenso estrutural, reproduzida difusamente, que exige o intercâmbio e o respeito à pluralidade de perspectivas de observação e descrição da sociedade". Ibid., p. 48.

podem levar a indagações morais. Nessa senda, o problema associado ao perigo da otimização leva a uma dinâmica orientada excessivamente na especialização a uma inércia em relação às outras formas de racionalidades presente na sociedade complexa. Assim, o remédio contra a otimização seria a construção de entrelaçamentos entre os sistemas.

Além da atomização, há o perigo da expansão imperialista de uma racionalidade, pois se essa situação pode gerar a fragilização de códigos de comunicação pela força profusa de um outro, ocorre, portanto, quando o sistema que dispõe de um código forte, ao sobressair de um outro, não só prejudica as pontes de transição, como também, prejudicam que os sistemas atuem devidamente em relação à sociedade.

Cumpre observar que os acoplamentos estruturais e as racionalidades transversais variam consideravelmente em suas características, proporções e significados, conforme o tipo dos sistemas envolvidos. Nesse ínterim, a existência de um acoplamento estrutural, mesmo que seja condição necessária, não é condição suficiente para que esteja presente a racionalidade transversal, pois os acoplamentos estruturais "servem antes para a garantia das autonomias recíprocas mediante a seletividade das influências, relacionando complexidades desordenadas na observação recíproca (interpenetração estável e concentrada)".[28]

Nessa perspectiva, tem-se que os entrelaçamentos promotores da racionalidade transversal servem, sobretudo, ao "intercâmbio e aprendizado recíprocos entre experiências com racionalidades diversas, importando a partilha mútua de complexidade preordenada pelos sistemas envolvidos"[29] e, portanto, compreensível para o receptor (no plano das estruturas).

Por fim, na teoria sistêmica de Luhmann, o "acoplamento estrutural é apresentado bilateralmente como um mecanismo entre

---

[28] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 49.

[29] Ibid., p. 49.

dois sistemas autônomos".[30] A respeito da racionalidade transversal, Neves[31] sugere que "elas implicam, em certos casos, o entrelaçamento de mais de dois sistemas", importa, então, um grau de aprendizado e intercâmbio construtivo entre os sistemas.

As compreensões desses pressupostos teóricos se fazem necessários para a argumentação a ser desenvolvida a seguir a partir análise de Constituição transversal que supõe não só acoplamentos estruturais, mas também entrelaçamentos como pontes de transição, pois a Constituição do Estado constitucional é compreendida no pensar de ultrapassar o puro conceito de acoplamento estrutural, não só como filtro de irritações e influências recíprocas entre autônomos sistemas de comunicação, mas também como instância da relação duradoura e recíproca de aprendizado e trocas de experiências com as racionalidades particulares já processadas na política e no direito.

Assim, envolve entrelaçamentos como "pontes de transição" entre ambos os sistemas, de tal modo que pode desenvolver uma racionalidade transversal específica. Diversos procedimentos constitucionais convêm a esse intercâmbio e aprendizado mútuo, no qual Neves[32] apresenta que essas "possibilitam que a consistência jurídica e a adequação política do direito contribuam para a consistência política e adequação jurídica da política"

Cabe frisar que a Constituição transversal não se limita a uma "conexão estrutural no nível da observação de primeira ordem entre os sistemas, ela pressupõe que o direito e a política se relacionem no plano reflexivo",[33] assim implicando observações recíprocas de segunda ordem. Nesse caso da Constituição transversal, o vínculo

---

[30] Ibid., p. 50.

[31] Ibid., p. 50.

[32] Ibid., p. 62.

[33] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 63.

ocorre entre dois mecanismos reflexivos estruturais, conforme Neves[34]:

> Por um lado, a Constituição jurídica como conjunto de normas de normas, ou melhor, processo ou estrutura de normatização de processos de normatização; por outro, a Constituição política como decisão de decisão, ou melhor, processo e estrutura decisórios sobre processos de tomada de decisão coletivamente vinculante. Essa transversalidade reflexiva possibilita uma intensificação do aprendizado, mas pode, eventualmente, atuar parasitariamente para um ou ambos sistemas.

As racionalidades particulares vinculadas transversalmente mediante a Constituição, na perspectiva do direito, se definem a racionalidade específica como justiça. Essa implica, em relação ao sistema jurídico, a "consistência jurídica no plano da autorreferência (fechamento normativo) e a adequação ou adequada complexidade à sociedade (abertura cognitiva)",[35] especialmente dos processos de "decisão de casos jurídicos, sendo caracterizada como uma fórmula de contingência porque motiva a ação e a comunicação no âmbito jurídico".[36] Isso significa que, se não houver uma justiça constitucional interna, ou seja, um sistema jurídico orientado à constitucionalidade, e condizente ao princípio da legalidade, não se poderia falar de racionalidade jurídica em uma sociedade complexa.

A racionalidade do direito requer "consistência constitucional do sistema jurídico e, além disso, a justiça como racionalidade jurídica envolve a adequação social do direito".[37] Em geral, essa adequação constitucionalmente fundada ao direito, ou seja, a justiça constitucional externa por meio de procedimentos, "exige uma capacidade cognitiva altamente aguçada do sistema jurídico, considerando a complexidade e mesmo a fragmentação do

---

[34] Ibid., p. 63.

[35] Ibid., p. 63.

[36] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedade**. México: Universidad Iberoameriana, 2002.p. 214.

[37] NEVES, op. cit., p. 64.

ambiente".[38] Em relação à política, isso demanda um modelo constitucional que aguente o pluralismo partidário, à opinião pública etc. Luhmann[39] cita que "a consistência jurídica e a adequação social do direito, isto é, a justiça constitucional interna e externa, dependem do princípio da igualdade".

O direito é compreendido, de acordo Teubner,[40] como "mecanismo do tratamento igual/desigual"[41], na concepção sistêmica de Luhmann, a norma de igualdade exige, no sentido jurídico, "que os casos sejam tratados igualmente, enquanto, no seu uso político, que homens sejam tratados igualmente".[42] Assim entende-se que o mandamento de igualdade[43] da Constituição pode levar ao fato de que a "igualdade política seja interpretada juridicamente como igualdade/desigualdade de casos".[44]

Na compreensão política, pode-se caracterizar a democracia como sua racionalidade particular nos planos da autorreferência (consistência política) e dimensão da heterorreferência (adequação social). Sob essa ótica, cabe observar que a Constituição do Estado moderno estabelece a relevância do princípio da igualdade para a democracia. A igualdade "primariamente jurídica incorpora-se ao sistema democrático mediante as comutações procedimentais estabelecidas na Constituição como pontes de transição",[45] assim possibilita construções entre racionalidades jurídicas e políticas no

---

[38] Ibid., p. 64.

[39] LUHMANN, op. cit., p. 110.

[40] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedade**. México: Universidad Iberoameriana, 2002.p. 112.

[41] A forma igual/desigual no entendimento de De Giorgi é uma "forma totalizante, uma forma da constituição do mundo que, opera de modo paradoxal ou taulógico". DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 128.

[42] LUHMANN, op. cit., p. 113.

[43] Na linguagem kelseniana, afirma-se que o "princípio da igualdade, na sua dimensão estritamente jurídico-legal, importa a igualdade perante a lei, enquanto o chamado princípio da igualdade política como conteúdo de prescrições constitucionais significa a igualdade na lei". KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 158 s.

[44] LUHMANN, op. cit., p. 113.

[45] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 74.

plano estrutural. Isto é, sem cidadãos com direitos políticos iguais, a democracia perde seu sentido essencial.

A Constituição estatal moderna surge "como uma ponte de transição institucional entre política e direito e, assim, serve ao desenvolvimento de uma racionalidade transversal específica",[46] que impede os efeitos destrutivos de cada sistema sobre o outro e promove aprendizado e intercâmbio de experiências com uma forma diversa de racionalidade. Diante o exposto, pode-se afirmar que esse modelo constitucional como promotor da racionalidade transversal específico entre a "racionalidade particular do direito e da política só se desenvolveu de maneira significativa em regiões muito limitadas do globo terrestre".[47]

Cabe afirmar, portanto, que as constituições transversais do Estado são escassas na sociedade atual. Por isso, Neves induz ao questionamento se as tendências a uma "paradoxal 'periferização do centro' na sociedade mundial hodierna podem levar a uma situação em que, a rigor, as Constituições transversais do Estado democrático de direito do ocidente desenvolvido"[48] transformem-se ou deformam-se em constituições simbólicas[49]. Nesse contexto, apresentam-se intensamente os esforços teóricos e práticos a respeito da necessidade de constituições para além do Estado.

O crescente interesse de estudos relacionados à emergência de ordens jurídicas internacionais, transnacionais e supranacionais, em diversas formas do direito internacional público clássico, intriga a ciência jurídica tradicional no que diz respeito à pretensão dessas novas ordens jurídicas de se afirmarem como ordens que dispensam

---

[46] Ibid., p. 76.

[47] Ibid., p. 82.

[48] NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 191.

[49] Pode-se definir a constituição e legislação simbólica como "produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativa-jurídica, mas serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico". (Ibid., p. 30). Porém, Neves elucida que o conceito de legislação simbólica deve "referir-se abrangentemente ao significado específico do ato de produção e do texto produzido, revelando que o sentido político de ambos prevalecem hipertroficamente sobre o aparente sentido normativo-jurídico". Ibid., p. 31.

o próprio Estado, sendo contrárias ao princípio da soberania estatal, e é nesse contexto que surgem os debates sobre Constituições transversais além do Estado.

Embora as Constituições estatais modernas já tenham emergido como "mecanismos estruturais da racionalidade transversal entre direito e política, a semântica do constitucionalismo transversal somente tornou-se significativa em decorrência de novos problemas"[50] com os quais entram em conflito intensamente com a atual ordem internacional e as decorrentes ordens transnacionais e supranacionais.

Nessa linha de pensamento, o conceito de transnacionalidade[51] é semanticamente ambíguo. Neves afirma que muitas vezes é "utilizada para se referir, de maneira abrangente, não apenas a ordens, instituições e problemas transnacionais no sentido estrito, mas também a ordens, instituições e problemas internacionais e supranacionais".[52] O cerne desse conceito genérico reside no entendimento de dimensões que ultrapassam as fronteiras do Estado.

A emergência de novas normas, instituições e organizações, levam ao debate sobre a constitucionalização do direito internacional, fazendo-se necessário analisar as propostas para a criação de uma Constituição supranacional no plano global, bem como averiguar a questão do constitucionalismo supranacional no plano regional, com o foco na experiência da União Europeia, e por

---

[50] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 83.

[51] No sentido mais estrito, a expressão refere-se ao transnacional conceituado por Teubner, que aponta para "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". (TEUBNER, Gunther. **Global Bukowina**: legal pluralism in the world-society. Burlington: Ashgate, 2003. p. 9-31 (Global Law Without a State). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=896478>. Acesso em: 28 ago. 2017). Neves, por sua vez, restringe o termo transnacional a "ordens abrangentes na dimensão temporal, material e social, nas quais, exceto o tratado fundador e suas alterações, as respectivas normas e decisões, fundadas nesse tratado, vinculam diretamente os cidadãos e órgãos dos Estados-membros, sendo paradigmática a União Europeia". NEVES, op. cit., p. 84.

[52] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 84.

fim, examinar as possibilidades e os limites das constituições civis transnacionais.

Uma tendência teórica paradigmática aponta para os modelos de Constituição supranacional e a constitucionalização no plano da ordem internacional, que vão "desde modelos de Estado mundial, passando por concepções de 'política interna mundial', até a caracterização da Carta da ONU como Constituição da comunidade internacional".[53] Um modelo apresenta-se normativamente em favor da ideia de uma República mundial federal e subsidiária[54] apresentada por Höffe.

O cerne da preocupação dirige-se à manutenção e garantia da paz, aludindo à noção kantiana[55] de um "federalismo de Estados livres",[56] mas indo além dela, "na medida em que se afirma um modelo hierárquico na relação entre o Estado ou República mundial

---

[53] Ibid., p. 85.

[54] O conceito consiste em uma "ordem jurídica e estatal global dotada de caráter democrático. Visando à meta da capacidade de ação, faz-se mister um Estado Mundial democrático: uma República Mundial". (HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 266). Segundo Höffe, "a República Mundial permanece um imperativo, em conformidade com o princípio de subsidiariedade, mas não com vistas a substituir os deferentes Estados existentes, e sim para complementá-lo. Ibid., p. 266.

[55] Apenas nas ideias de Santo Agostinho e Immanuel Kant que a paz conseguir obter um destaque mais que meramente marginal. Foi Kant o primeiro a "conseguir juntar os motivos de pensamentos decisivos que, até então, corriam em paralelo ou em sentidos opostos, logrando unifica-los. Por um lado, Kant vinculou as teorias do Direito e do Estado desde a Antiguidade com o cosmopolitismo profundamente apolítico dos estóicos e, por outro lado, bem como o Direito Internacional da Idade Moderna com a ideia de uma paz perpétua. Não se tratava, porém, de uma paz perpétua reservada ao além, mas ao aquém, e que seria realizada por meio do Direito, em conformidade com seu conceito moral". (Ibid., p. 301). O principal texto de Kant sobre essa temática, o ensaio *À Paz perpétua* (1795), tem como essência teórica o fundamento do "estado de paz entre os homens que vivem juntos não é um estado de natureza (*status naturalis*), o qual é antes um estado de guerra, isto é, um estado em que, embora não exista sempre uma explosão das hostilidades, há sempre todavia uma ameaça constante. Deve, pois, instaurar-se o estado de paz; a omissão de hostilidades não é ainda a garantia de paz e, se um vizinho não proporcionar segurança a outro (o que só pode acontecer num estado legal), cada um pode considerar como inimigo a quem lhe exigiu tal segurança". (KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Tradução Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 2008. p. 10). A teoria de paz de Kant, "composta de sete partes, empenha-se declaradamente por uma paz independente de credos religiosos, uma paz universal, tanto do ponto de vista espacial quando temporal. E esta verdadeira globalidade, em combinação com a inovação política daquela época, a república, fazia surgir o mais ousado plano político". HÖFFE, op. cit., p. 307.

[56] KANT, op. cit., p. 15.

e as unidades políticas territoriais continentais ou nacionais".[57] Evidentemente que, nesse modelo, faltam os elementos empíricos que apontem para a concretização de uma ordem política unitária, impõe-se a questão da devida Constituição mundial, mas, de certa maneira, o pensamento fica identificado no plano da idealização filosófica.

Além desses, há o projeto[58] proposto por Habermas[59] de uma "política interna mundial sem um governo mundial", no qual, argumenta embasado nas instituições e organizações internacionais já existentes, propondo que sejam profusamente reformadas, especialmente no âmbito da ONU, para que se construa uma "política interna mundial, capaz de explorar procedimentos e instituições que promovam uma cidadania mundial fundada em uma consciência da solidariedade cosmopolita compulsória".[60] A esse respeito, Habermas[61] preleciona que "é necessário uma consciência de pertença conjunta que tornará possível para os 'confederados associados livremente' identificarem-se reciprocamente como cidadãos".

Essa proposta poderia levar a um sistema global de bem-estar, decorrente da "transferência para esferas supranacionais de funções que até agora foram realizadas pelo Estado social no âmbito de regiões limitadas do globo terrestre".[62] Assim o modelo habermasiano da Constituição da política interna mundial se configura por uma visão idealizada fundamentada na experiência positiva da supranacionalidade na Europa Ocidental.

---

[57] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 85.

[58] Sugere-se, então, um modelo baseado na criação de uma política transnacional de melhoria e conservação das redes globais. Em que "só poderemos enfrentar de modo razoável os desafios da globalização se conseguirmos desenvolver na sociedade novas formas de auto condução democrática dentro da constelação pós-nacional". HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 112.

[59] Ibid., p. 132.

[60] Ibid., p. 73.

[61] Ibid., p. 139.

[62] Ibid., p. 70.

Sobretudo as noções de um "regime global de bem-estar" e de uma "consciência da solidariedade cosmopolita compulsória", em uma "sociedade mundial impregnada de conflitos geopolíticos, enormes assimetrias de poder, desigualdades econômicas abismais e dispersiva fragmentação cultural",[63] são indícios que a ideia de uma "Constituição cosmopolita sem República mundial" nos ensinamentos de Habermas pode, antes, "servir para encobrir problemas graves que dependem de variáveis bem mais complexas para serem enfrentados adequadamente na arena política e jurídica".[64]

No plano do direito internacional público, difundiu-se a noção de uma Constituição da comunidade internacional, especialmente com a fundação da ONU, atribuindo a função à própria Carta das Nações Unidas, por considerarem-se de maneira ampla as instituições do direito internacional público e da política internacional[65]. Assim, no que diz respeito ao nível organizacional, Neves ilustra que se assinala a "presença de uma pluralidade de órgãos com força de autoridade no âmbito de funções legislativas, jurisdicionais e executivas".[66] Em relação aos elementos materiais, salientam-se os "tratados e convenções sobre os direitos humanos, destacando-se a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), e o direito econômico internacional, com ênfase na OMC".[67]

E no que se concerne ao direito constitucional em sentido formal, a ênfase é dada ao "princípio do *jus cogens*, nos termos

---

[63] NEVES, op. cit., p. 87.

[64] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 87.

[65] Piovesan (2008) se refere a um "direito constitucional internacional". PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 192. Peters afasta-se de um modelo afirmativo de uma Constituição do direito internacional e propõe um "constitucionalismo internacional para compensar a desconstitucionalização no plano doméstico". (PETERS, Anne. Compensatory Constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures. **Leiden Journal of International Law**, Cambridge, n. 19, p. 610, 2006), sua tese aponta, para o "desenvolvimento de um constitucionalismo global de nível múltiplo". Ibid., p. 610.

[66] NEVES, op. cit., p. 90.

[67] Ibid., p. 91.

expressos do art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados[68]1969)".[69] Trata-se de uma estrutura muito complexa, na qual se observa problemas cujo enfrentamento ensejou o surgimento do Estado moderno e assim, o controle do poder e afirmação dos direitos humanos. Pelo menos até o momento, não parece simples transferir o conceito de Constituição a instâncias globais de natureza internacional ou supranacional. O reconhecimento dessa, importam no mínimo, certas restrições.

Em primeiro lugar, "o problema apresenta-se na subordinação do direito internacional público à política determinada pelas grandes potências mundiais".[70] Por outro lado, falta um modelo de divisão de poderes em virtude "da supremacia efetiva do Conselho de Segurança sobre a Corte Internacional de Justiça e a Assembleia Geral das Nações Unidas conduz a uma instrumentalização dos textos normativos".[71]

Dessa maneira, Neves rebate que o direito internacional público é afastado, "na medida em que não corresponde às expectativas das grandes potências que demonstrem interesse no respectivo caso ou estão nele envolvidas".[72] Portanto, seja no plano dos direitos humanos, seja no nível da divisão dos poderes, "há limites graves ao desenvolvimento satisfatório de uma racionalidade

---

[68] O título do art. 53 da Convenção de Viena é o seguinte: "Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*Jus Cogens*)". Esse dispositivo menciona: "É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza". A Convenção de Viena foi adotada em 25 de maio de 1969 e entrou em vigor no âmbito internacional em 27 de janeiro de 1980. BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

[69] NEVES, op. cit., p. 90.

[70] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 92.

[71] Ibid., p. 93.

[72] Ibid., p. 93.

transversal entre direito e política internacional",[73] o que exige prudência na afirmação de uma Constituição como ordem autovinculante com prevalência normativa. Por fim, Neves esclarece que o problema se relaciona também com a "não existência de um povo constitucional ou um equivalente funcional no nível da sociedade mundial",[74] isto é,

> [...] com a ausência de uma instância que assegure o fechamento operativo do sistema político, possibilitando o apoio generalizado no contexto de uma sociedade hipercomplexa. Por questões as mais diversas – especialmente os conflitos geopolíticos, a assimetria abismal nos níveis de desenvolvimento e a variedade de perspectivas referentes à agenda decisória -, a capacidade de apoio político generalizado, no sentido da neutralização perante os particularismos e as persistentes pressões das relações concretas de dominação, permanece basicamente restrita ao Estado constitucional, não se transportando para o plano global.[75]

A questão apresenta-se diversificada quando se interpela sobre as possibilidades de um constitucionalismo supranacional que se desenvolva em determinada região do globo. Porém, também nesse caso, é relevante que sejam analisados determinados pressupostos para a formação de uma Constituição transversal que caracterize o Estado constitucional. Uma condição decisiva para a construção de uma supranacionalidade[76], que envolvesse simetria de desenvolvimento dos respectivos Estados-nacionais, implica "normas e decisões abrangentes nas dimensões social, material e temporal, vinculando diretamente os cidadãos e órgãos estatais".[77]

---

[73] Ibid., p. 94.

[74] Ibid., p. 97.

[75] Ibid., p. 97.

[76] A integração supranacional "pode ser compreendida como oportunidade de alcançar um melhor nível de desenvolvimento econômico e social (especialmente para os Estados menos desenvolvidos da respectiva região, não obstante, há amplos indícios de que abismos gritantes de desenvolvimento entre os Estados criam dificuldades decisivas na construção e manutenção de uma ordem supranacional estável". NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 100.

[77] Ibid., p. 99.

A construção de uma Constituição supranacional como instituição capaz de "servir à racionalidade transversal entre política e direito no plano regional pressupõe que os sistemas político e jurídico diferenciados territorialmente nos respectivos Estados-membros estejam vinculados construtivamente",[78] mediante constituições transversais.

Essa formação depende da idealização de um povo constitucional determinante dos procedimentos no plano supraestatal. Neves esclarece que não se trata, porém, "de um povo caracterizado por uma identidade cultural coletiva ou por uma comunidade de valores, que, aliás, também não existe no Estado constitucional",[79] mas sim de um povo diferenciado por uma forte heterogeneidade cultural. Um povo constitucional supranacional é essencial na medida em que ele se engloba nos procedimentos políticos e, dessa maneira, pode ocasionar o fechamento do sistema político.

Nessa opinião, há tendência de uma fortificação da integração supranacional no contexto da União Europeia, que pode conduzir à "consolidação de um povo constitucional europeu, muito heterogêneo e apto a determinar, de formas as mais diversas, os procedimentos políticos de decisão".[80] Cumpre observar que a constitucionalização supranacional da União Europeia é incompleta, pois sofre restrições democráticas a respectiva ordem jurídico-política, assim, ainda é um processo em desenvolvimento, suscetível de restituições, mas que provavelmente propendera à consolidação de uma Constituição transversal supranacional.

Outra perspectiva consiste no modelo das constituições transnacionais[81], as quais se desenvolvem primariamente "mediante

---

[78] Ibid., p. 100.

[79] Ibid., p. 102.

[80] Ibid., p. 102.

[81] Taubner cita que a "globalização e a privatização são responsabilizadas pela crise do Estado Nacional, bem como se constata um enfraquecimento das instituições constitucionais nacionais. Um novo constitucionalismo democrático, contudo, poderia produzir efeitos compensatórios, caso lograsse êxito

atores privados e quase públicos, sem Estado",[82] e nessa direção, destaca-se o conceito de "Constituições civis globais" proposto por Teubner, partindo de um projeto teórico no qual "em um desenvolvimento ulterior da teoria dos sistemas, o acento da autoprodução operativa do direito é deslocado para as ordens jurídicas globais, caracterizadas pela heterarquia e pelo pluralismo".[83]

Segundo esse entendimento, a sociedade mundial globalizada conduziu o desenvolvimento de diversos domínios de comunicação. Assim, os procedimentos do Estado de direito perdem sua pertinência no que tange ao Estado nacional, passando a auferir novos impulsos no âmbito de "aldeias globais" como autônomos sistemas: "a economia, a ciência, a técnica, o sistema de saúde, a previdência social, o sistema de transporte, a mídia, o turismo como sistemas mundiais".[84] Nesse processo, Neves[85] aclara que o "significado da Constituição como acoplamento estrutural entre política e direito ter-se-ia tornado diminuto".

Teubner parte da análise de Luhmann, segundo a qual "não há correspondência do acoplamento estrutural entre política e direito por meio da Constituição no nível da sociedade mundial",[86] mas desenvolve o seu pensamento em outra direção, ou seja,

---

em sujeitar as infrenes dinâmicas do capitalismo global aos freios do poder domesticante de processos políticos instaurados em nível mundial. Um ambicioso direito internacional público constitucionalizado, uma esfera pública mundial deliberativa, uma política doméstica mundial institucionaliza, um sistema transnacional de negociações entre atores coletivos globais e uma restrição constitucional do poder social no processo político global abririam perspectivas promissoras para a concretização, na sociedade mundial, de novas formas de instituições erigidas sob o prisma da democracia e do Estado de Direito". TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 26.

[82] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 108.

[83] TEUBNER, Gunther. **Global Bukowina**: legal pluralism in the world-society. Burlington: Ashgate, 2003. p. 9-31. (Global Law Without a State). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=896478>. Acesso em: 28 ago. 2017.

[84] Ibid., p. 12.

[85] NEVES, op. cit., p. 108.

[86] TEUBNER, op. cit., p. 13.

considera a perda de importância da política no plano globalizado. Por um lado, "o enfraquecimento da política e do direito acoplados estruturalmente mediante a Constituição é atribuído ao forte vínculo de ambos os sistemas ao Estado nacional",[87] por outro, aponta-se para a "desvinculação do direito à política democrática no processo de globalização".[88]

Essa autonomia do direito em relação ao Estado nacional se afluiu com o surgimento de ordens jurídicas plurais que se desenvolveram por meio de acoplamentos estruturais com os respectivos sistemas mundiais autônomos. Nesse contexto, Taubner[89] elucida que "teria despontado uma fragmentação de aldeias jurídicas globais", tratando-se de uma pluralização de autoprodução operativa do direito.

Nos termos dessa teoria plural do direito mundial sem Estado[90], o conceito de Constituição é "semanticamente ampliado de maneira significativa, tendo em vista que ele se estende a vínculos entre a racionalidade orientada pelo princípio da igualdade e as racionalidades de sistemas mundiais que independem da democracia".[91] Diferente de Luhmann, que conceitua a Constituição a uma especificidade entre o vínculo de dois sistemas, a política e o direito. Enquanto Luhmann afirma que o acoplamento estrutural entre direito e economia consiste no contrato e na propriedade, Teubner se refere à Constituição civil que acopla estruturalmente a

---

[87] TEUBNER, Gunther. **Global Bukowina**: legal pluralism in the world-society. Burlington: Ashgate, 2003. p. 12. (Global Law Without a State). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=896478>. Acesso em: 28 ago. 2017.

[88] Ibid., p. 12.

[89] Ibid., p. 13.

[90] Com o crescente número de regimes jurídico-privados de caráter não estatal, junto produziram o chamado Direito global sem Estado, no qual, são o "principal responsable de las múltiples dimensiones del pluralismo jurídico global. Um entendimiento completo de este pluralismo jurídico sólo es posible si se renuncia a la premissa de que el Derecho global adquiere exclusivamente su validez através de los procesos de legislación y sanción estatal – va sea mediante las fuentes del Derecho estatal o internacional oficialmente sancionadas –". TEUBNER, Gunther. **El derecho como sistema autopoiético de la sociedade global.** Lima: ARA Editores, 2005. p. 120.

[91] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 109.

lex mercatoria e o sistema econômico mundial, além de várias outras constituições civis globais.

As Constituições civis orientadas por Teubner apresentam-se como pontes de transição entre subsistemas sociais e ordens jurídicas na perspectiva global. Pode-se afirmar, segundo Neves, que as "Constituições civis servem à racionalidade transversal entre esferas sociais globais[92] e ordens jurídicas mundiais enquanto, nos respectivos planos reflexivos, entrelaçam a autoprodução do direito",[93] com a do subsistema da sociedade. Cabe afirmar que a argumentação de Teubner orienta-se na busca de racionalidades transversais entre o direito e os respectivos subsistemas sociais da sociedade mundial.

Ainda há determinadas circunstâncias empíricas que limitam o desenvolvimento de constituições civis globais. À *lex mercatoria,* por exemplo, "salienta-se a sua deficiente autonomia perante os processos econômicos globais, sublinhando-se que ela é extremamente fraca tanto perante os ataques de atores econômicos quando diante das pressões políticas".[94] Assim sendo, Neves[95] apresenta a tese de que essa "ordem jurídica constitui antes um instrumento de economia mundial e, em primeiro lugar, tem de servir à eficiência desse sistema", e, nesse sentido, "permanecerá sendo também no futuro um direito corrupto".[96]

Nessa senda, a *lex mercatoria* é oportuna para favorecer e estabilizar juridicamente os jogos econômicos, porém, não provoca igualdade jurídica, pois nas suas relações com os respectivos

---

[92] Neves esclarece que a "ênfase dada por Teubner às ordens jurídicas globais e plurais, acopladas estruturalmente com um dos sistemas mundiais (economia, ciência, esporte, internet etc.) através de Constituições civis, é indubitavelmente muito significativa para o esclarecimento da relação entre direito e sociedade no plano global". Ibid., p. 111.

[93] Ibid., p. 110.

[94] TEUBNER, Gunther. **Global Bukowina**: legal pluralism in the world-society. Burlington: Ashgate, 2003. p. 15. (Global Law Without a State). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=896478>. Acesso em: 28 ago. 2017.

[95] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 112.

[96] TEUBNER, op. cit., p. 24.

sistemas globais, "sobressai a instrumentalização das ordens jurídicas mundiais por outros âmbitos parciais de comunicação da sociedade mundial".[97]

Disso resulta que a construção de Constituições transversais no plano transnacional permanece como um projeto em perspectiva, especialmente na questão dos direitos humanos. Assim, "afigura-se mais frutífero e adequado ao tratamento dos problemas constitucionais da sociedade mundial do presente",[98] de modo a integrar essas ordens à rede de entrelaçamento de ordens jurídicas (estatais, locais, supranacionais e internacionais) no âmbito da teoria transconstitucional.

3.2 O Diálogo Transconstitucional entre Ordens Jurídicas

A concepção de Constituições transversais relaciona-se ao entrelaçamento entre o direito e a política ou, no pensar das Constituições civis da sociedade contemporânea, um outro sistema social. A indagação reside na relação entre sistemas funcionais, sintetizando-se nas possibilidades de construção de uma racionalidade transversal, no qual, implica "externalização e internalização de informações entre esferas sociais que desempenham funções diversas e se reproduzem primariamente com base em códigos binários de comunicação diferentes".[99]

Quando se trata do transconstitucionalismo[100] o problema consiste em esboçar as formas de relação entre ordens jurídicas

---

[97] Ibid., p. 113.

[98] Ibid., p. 113.

[99] TEUBNER, Gunther. **Global Bukowina**: legal pluralism in the world-society. Burlington: Ashgate, 2003. p. 115. (Global Law Without a State). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=896478>. Acesso em: 28 ago. 2017.

[100] Entre as tentativas de construção de uma teoria das interações entre ordens jurídicas diversas para a solução de problemas constitucionais, o modelo do transconstitucionalismo, proposto por Neves, oferece bases adequadas para a abordagem do problema de pesquisa a que este trabalho pretende abordar, em razão disso, este capítulo se dedica a uma análise detalhada do conceito e características da teoria transconstitucional. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b.

diversas. Ou seja, dentro de um mesmo sistema funcional da sociedade contemporânea, "o direito, proliferam ordens jurídicas diferenciadas, subordinadas ao mesmo código binário, isto é, 'lícito/ilícito', mas com diversos programas e critérios".[101] Teubner[102] verifica que, dessa maneira, "uma pluralidade de ordens jurídicas, cada uma das quais com seus próprios elementos ou operações (atos jurídicos), estrutura (normas jurídicas), processos (procedimentos jurídicos) e reflexão de identidade (dogmática jurídica)". Assim, o resultado aponta para uma diferenciação[103] no interior do sistema jurídico.

Assim, os entrelaçamentos entre uma pluralidade de ordens jurídicas na contemporaneidade, é a sua "relativa independência das formas de intermediação política mediante tratados jurídicos-internacionais e legislação estatal".[104] Essa situação ganha expressão quando se considera que, os pontos de transição entre ordens jurídicas desenvolvem-se de modo direto dos seus respectivos centros, ou seja, os seus tribunais e juízes.

Significa dizer que a sociedade mundial e o seu sistema jurídico são multicêntrico[105], de tal maneira que, "na perspectiva do centro (juízes e tribunais) de uma ordem jurídica, o centro de uma outra ordem jurídica constitui uma periferia".[106] E, a esse respeito, pode-se partir de qualquer tipo de ordem jurídica com presunção de autonomia. Essa situação refere-se a relações de observação mútua,

---

[101] Ibid., p. 115.

[102] TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético.** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p. 77

[103] Essa diferenciação entre ordens não se limita, porém, Neves esclarece que à "diferenciação segmentária entre ordens jurídicas estatais com âmbitos territoriais de validade delimitados. Além disso, há não só uma diferenciação de 'níveis' entre ordem jurídica estatal, supranacional e internacional, mas também a diferenciação funcional de ordens jurídicas transnacionais, desvinculadas, por sua transterritorialidade, do direito estatal". NEVES, op. cit., p. 116.

[104] Ibid., p. 116.

[105] Nesse sentido, Neves apresenta o exemplo, que para o "judiciário brasileiro, tanto os juízes de outros Estados quanto os tribunais de ordens jurídicas internacionais, supranacionais e transnacionais, quando suas decisões são por ele levadas em conta, apresentam-se como periferia e vice-versa". Ibid., p. 117.

[106] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 117.

no que diz respeito ao desenvolvimento de aprendizado e intercâmbio, sem que se possa determinar o primado definitivo de uma das ordens.

Nesse sentido, Neves[107] se utiliza de "'conversação ou diálogos' entre cortes", as quais podem se desenvolver entre vários níveis. Por exemplo, entre cortes nacionais, entre o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (supranacional) e os tribunais dos Estados-membros, entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (internacional) e as cortes nacionais etc. Essa "conversação[108]", que constitui comunicações transversais, perpassa fronteiras entre ordens jurídicas, não devendo "levar a uma ideia de cooperação permanente entre ordens jurídicas, pois são frequentes os conflitos entre perspectivas judiciais diversas".[109] No princípio, toda "conversação[110]" entre cortes conduz em si o potencial de disputa, e a questão é como solucionar esses litígios sem a imposição na relação entre ordens.

Contudo, nem todo entrelaçamento de ordens jurídicas sucede em tribunais, muitas vezes, há a "incorporação de normas de outra ordem, sem intermediação de diálogos entre tribunais",[111] como ocorre na "relação informal entre legislativo, governos e

---

[107] Ibid., p. 117.

[108] Para Slaughter, o resultado é "paradoxalmente, mais diálogo e menos deferência". SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. **Harvard International Law Journal,** Cambridge, p. 194, 2003.

[109] Ibid., p. 204

[110] A "conversação" ou "diálogo" empregada por Neves não pode ser entendido como sinônimo de "diálogo" apresentado por Luis Alberto Warat, pois esse autor refere-se a uma medida de solução dos conflitos, em que, a mediação se torna um método de instaurar o diálogo entre os cidadãos ou grupos com diferentes posições antagônicas provocadas pelo conflito. Para Warat, "a mediação seria uma proposta transformadora do conflito porque não busca a sua decisão por um terceiro, mas, sim, a sua resolução pelas próprias partes, que recebem auxílio do mediador para administra-lo". (WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 80). Ainda cita que no que diz respeito às transformações dos conflitos, se dá "graças à possibilidade assistida de poder nos olhar a partir do olhar do outro, e colocarmo-nos no lugar do outro para entendê-lo a nós mesmos". WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 62.

[111] NEVES, op. cit., p. 118.

administrações de diversos países".[112] Sem dúvida, porém, a forma mais relevante de transversalidade entre ordens jurídicas é a que perpassa os tribunais e juízes.

Mas a característica especial do transconstitucionalismo não é a existência desses entrelaçamentos entre diversas ordens, o chamado "transconstitucionalismo jurídico". No caso da teoria transconstitucional, conforme elucida Neves,[113] "as ordens se interrelacionam no plano reflexivo de suas estruturas normativas que são autovinculantes e dispõem de primazia".

Trata-se de uma "conversação constitucional", ou seja, "não cabe falar de uma estrutura hierárquica entre ordens: a incorporação recíproca de conteúdos implica uma releitura de sentido à luz da ordem receptora".[114] A grande mudança do transconstitucionalismo é "colocar nessas trocas uma relação de bilateralidade, numa verdadeira conversa, em que há desconstrução do outro e autodesconstrução".[115]

Nessa senda, o transconstitucionalismo "faz emergir, por um lado, uma 'fertilização constitucional cruzada'".[116] As cortes constitucionais "citam-se reciprocamente não como precedente, mas como autoridade persuasiva, em termos de racionalidade transversal, as cortes dispõem-se a um aprendizado construtivo com outras cortes e vinculam-se às decisões dessas".[117]

Por outro lado, Slaughter[118] elucida que "há uma combinação de cooperação ativa e conflito vigoroso entre cortes nacionais

---

[112] SLAUGHTER, op. cit., p. 204.

[113] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 118.

[114] Ibid., p. 118.

[115] SILVEIRA, Ramaís de Castro; BAGGIO, Roberta Camineiro. O STF e as Bases Materiais para a Hermenêutica Transconstitucional. **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**, Brasília, DF, v. 2, n. 1, p. 22, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/ article/view/888>. Acesso em: 12 fev. 2017.

[116] SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. **Harvard International Law Journal,** Cambridge, p. 193, 2003.

[117] Ibid., p. 199.

[118] Ibid., p. 193.

envolvias em litígios transnacionais entre partes privadas além das fronteiras". Os litígios globais levam, então, "ao surgimento da '*comitas* judicial[119]', que fornece a estrutura e as regras básicas para um diálogo global entre juízes no contexto de casos específicos, ao julgamento de juízes por juízes e à negociação judicial".[120]

A respeito desses novos fenômenos, Neves[121] expõe que a "dimensão constitucional manifesta-se mais claramente quando estão envolvidos tribunais constitucionais no sentido amplo da expressão", ou seja, cortes encarregados de julgar questões jurídicos constitucionais. A esse respeito, como definir, portanto, as questões constitucionais que ensejam ao transconstitucionalismo? Neves[122] teoriza que aqui "cumpre desvincular a noção de direito constitucional do constitucionalismo clássico, ou seja, de um conceito de Constituição associada exclusivamente a um determinado Estado", sem que daí seja cogente apelar a outras Constituições.

O constitucionalismo clássico, ou seja, vinculado ao Estado como organização territorial, "surge para responder a duas questões: 1) como determinar coercivamente os direitos e garantias fundamentais? 2) como limitar e controlar o poder estatal expansivo e, ao mesmo tempo, garantir a sua eficiência organizacional?".[123]

Neves esclarece que a resposta veio com as constituições estatais, pois "esses problemas normativos ainda tinham uma dimensão territorialmente delimitada. Com o tempo, o incremento das relações transterritoriais com implicações normativas

---

[119] Slaughter refere-se à *comitas* judicial como "um conceito político e jurídico vulnerável, afirmando que significa o respeito devido às leis e atos de outras nações em virtude da pertinência comum ao sistema internacional, presumindo reconhecimento, que é algo mais do que cortesia, mas menos do que obrigação". Ibid., p. 206.

[120] Ibid., p. 204.

[121] NEVES, op. cit., p. 119.

[122] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 120.

[123] Ibid., p. 120.

fundamentais",[124] e isso acarretou na necessidade de abertura do constitucionalismo para além do Estado-nação. Os problemas de direitos fundamentais ou dos direitos humanos "ultrapassaram fronteiras, de tal maneira que o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentar esses problemas".[125]

O tratamento desses problemas deixou de ser uma prerrogativa do direito constitucional do Estado, "passando a ser enfrentado legitimamente por outras ordens jurídicas, pois eles passaram a apresentar-se como relevantes para essas".[126] A questão do transconstitucionalismo não se relaciona, portanto, à "referência inflacionária à existência de uma Constituição em praticamente toda nova ordem jurídica que emerge com pretensão de autonomia",[127] pois o basilar é precisar que os problemas constitucionais se revelam em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções construídas no entrelaçamento entre elas.

Assim, "um mesmo problema de direitos fundamentais pode apresentar-se perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional (no sentido estrito) ou, com frequência, perante mais de uma dessas ordens",[128] o que acarreta cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco. No que diz respeito às ordens jurídicas transnacionais (que envolvem atores privados e quase públicos), é indiscutível que questões relacionadas a direitos humanos e direitos fundamentais surgem perante elas, pois estão vinculados com os problemas de controle e limitação de poder.

A fragmentação dos "problemas constitucionais permaneceria desestruturada se cada ordem jurídica pretendesse

---

[124] Ibid., p. 120.

[125] Ibid., p. 120.

[126] Ibid., p. 120.

[127] Ibid., p. 121.

[128] Ibid., p. 121.

enfrentá-los isoladamente a cada caso".[129] Determina, pois, um diálogo ou conversação transconstitucional. Neves esclarece que é evidente que o "transconstitucionalismo não é capaz de levar a uma unidade constitucional do sistema jurídico mundial".[130] Mas ele parece um modelo eficaz de dar e estruturar respostas pertinentes aos problemas constitucionais que insurgem fragmentariamente no contexto da sociedade mundial contemporânea.

Nesse norte, a relação transconstitucional entre ordens jurídicas não procede somente das prestações recíprocas, interpenetrações e interferências entre sistemas em geral[131], mas "sobretudo de que as diversas ordens jurídicas pertencem ao mesmo sistema funcional da sociedade mundial, sistema que pretende reproduzir-se primariamente com base em um mesmo código binário, a diferença entre lícito e ilícito".[132] Porém, essa unidade de uma diferença, por ser muito diferente de uma unidade hierárquica fundada em uma norma fundamental, viabiliza que os códigos e critérios jurídicos "proliferem em uma multiplicidade de ordens jurídicas, cada uma delas com a pretensão de afirmar sua identidade no manejo interno do código binário de preferência do direito".[133]

Esse problema não carrega somente à possibilidade, como aclara Luhmann, [134]de que o "fechamento normativo do sistema jurídico combina-se com sua abertura cognitiva". Como se trata de "ordens normativas dentro do mesmo sistema funcional da

---

[129] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 122.

[130] Ibid., p. 122.

[131] Luhmann distingue as relações de *input* e *output*, da interpenetração. Esta implica "que cada um dos sistemas, reciprocamente, põe sua própria complexidade à disposição do processo de autoconstrução do outro sistema". (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. México: Universidad Iberoamericana, 1998. p. 290). Dela se diferencia a "interferência" no sentido de Teubner, pois "enquanto nesse caso (interferência) cada um dos sistemas põe à disposição do outro uma complexidade preordenada, na interpenetração o sistema receptor tem à sua disposição uma complexidade inapreensível, portanto, desordem". TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético.** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p. 178.

[132] NEVES, op. cit., p. 125.

[133] Ibid., p. 125-126.

[134] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedade**. México: Universidad Iberoameriana, 2002. p. 393.

sociedade mundial, o direito, também pode falar-se de um aprendizado normativo entre elas",[135] tendo em vista que estão sujeitas ao mesmo código binário.

O vazio do conteúdo desse código permite que o fechamento normativo na "determinação das normas conforme critérios imanentes à própria ordem (nacional, local, supranacional, internacional ou transnacional) combine-se com a abertura normativa no aprendizado recíproco",[136] em que, cria-se a possibilidade de ocorrência em face da solução de casos jurídicos nos quais várias ordens estejam envolvidas.

Portanto, a "abertura normativa não quebra a consistência interna da cadeia de validação, antes serve a uma concretização jurídica normativamente adequada à pluralidade de ordens envolvidas".[137] O fechamento normativo refere-se à atribuição da norma a textos ou assertivas normativas da própria ordem. A questão da abertura normativa refere-se "originalmente à comunidade do caso-problema a resolver em uma sociedade mundial policêntrica".[138]

Não se podem excluir colisões ou conflitos irreparáveis entre ordens jurídicas, nem se pode "eliminar definitivamente a pretensão 'imperial' de uma das ordens envolvidas em face das outras: nacionalismo, internacionalismo, supranacionalismo, transnacionalismo e localismo são avessos ao aprendizado normativo recíproco",[139] especialmente no que tange os termos reflexivos do transconstitucionalismo. Isso importa, no "contexto de um sistema jurídico construído heterarquicamente mediante a relação entre pluralidade de ordens normativas, uma

---

[135] NEVES, op. cit., p. 126.

[136] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 125-126.

[137] Ibid., p. 125-127.

[138] Ibid., p. 127.

[139] Ibid., p. 127.

irracionalidade heterobloqueadora",[140] mas que tem de forma simétrica implicações autobloqueadoras para a solução de casos.

A existência de problemas globais comuns a mais de uma ordem jurídica, exigindo novos modos de pensar nas suas resoluções, não é algo novo, especialmente no âmbito do direito internacional privado clássico. As questões que eram pontuais, resolvidas com normas de direito doméstico, transformaram-se profundamente de casos jurídicos transterritorializados relevantes para as diversas ordens jurídicas: "a atenção que essas dão, simultaneamente, a danos ambientais, a efeitos do comércio e finanças internacionais, à criminalidade transnacional, entre outras questões",[141] faz da emergência de iguais casos um problema corriqueiro que atinge o nível reflexivo e a identidade das ordens envolvidas.

O problema reside no fato citado por Neves de que a "resposta, no centro das respectivas ordens jurídicas, deve ser dada conforme o mesmo código binário (lícito/ilícito), mas de acordo com critérios normativos originariamente diversos".[142] A pergunta referente a correspondência ao direito (licitude ou ilicitude), em relação a um mesmo caso, apresenta-se perante a várias ordens jurídicas. Esse pode ser complementada com "referência ao conteúdo: quais os critérios ou programas condicionais que podem servir para definir se algo se enquadra na hipótese de licitude ou da ilicitude?".[143]

As diversas ordens, de modo habitual, vão invocar, primariamente, os seus parâmetros de construção de critérios e programas para o enfrentamento de casos. Com isso, a tendência é o surgimento de colisões. O problema reside justamente na incompatibilidade nas formas das resoluções de litígios, daí por que

---

[140] Ibid., 127.

[141] Ibid., p. 128.

[142] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 128.

[143] Ibid., p. 128.

a busca de "pontes de transição" é necessária. Evidentemente, essas "pontes, como modelos de entrelaçamentos que servem a uma racionalidade transversal entre ordens jurídicas, não são construídas de maneira permanente e estática",[144] isso no âmbito do transconstitucionalismo.

O processamento dos casos exige uma postura indutiva de construções de estruturas de acoplamento no plano das operações do sistema complexo. Neves[145] exemplifica que a "dinâmica relacional entre estrutura (critérios normativos) e operações (atos jurídicos) para aprendizados recíprocos é intensamente circular no contexto do transconstitucionalismo", da sociedade contemporânea. A cada novo caso, as estruturas reflexivas das ordens jurídicas precisam rearticular-se consistentemente para buscar uma solução adequada à sociedade, contribuindo para estimular ao intercâmbio em possíveis encontros para enfrentamento de casos comuns. O que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é,

> [...] ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos submetem-se ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a 'conversação' constitucional é indispensável. Da mesma maneira, surgindo questões organizacionais básicas da limitação e controle de um poder que se entrecruza entre ordens jurídicas, afetando os direitos dos respectivos destinatários, impõe-se a construção de 'pontes de transição' entre as estruturas reflexivas das respectivas ordens.[146]

Portanto, para que o transconstitucionalismo se desenvolva de maneira plena é fundamental que, "nas respectivas ordens envolvidas, estejam presentes princípios e regras de organização

---

[144] Ibid., p. 128.

[145] Ibid., p. 129.

[146] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 129.

que levem a sério os problemas básicos do constitucionalismo".[147] Certamente, há ordens jurídicas, em especial as estatais, que não se dispunham a colaborar com o transconstitucionalismo, pois ignoram[148] os direitos humanos e direitos fundamentais e assim rejeitam a limitação e o controle jurídico-positivo dos detentores de poder. Ordens desse tipo exigem, um transconstitucionalismo unilateral de tolerância e, de aprendizado.

Por conseguinte, embora haja ordens jurídicas que se encontram à margem do transconstitucionalismo, esse "não pode excluir o desenvolvimento de institutos que possam levar a uma relação construtiva de aprendizado e intercâmbio com essas ordens".[149] Notadamente, tal situação gera limites do transconstitucionalismo na sociedade mundial assimétrica, mas não chega ao ponto de excluir o seu significado para o desenvolvimento da dimensão normativa dessa sociedade.

A esse respeito, cabe destacar que, embora a sociedade contemporânea seja orientada por expectativas cognitivas, o transconstitucionalismo "parece ser a alternativa mais promissora para a fortificação de sua dimensão normativa".[150] As ordens internacionais, estatais, supranacionais, locais e transnacionais, marcadas como tipos específicos, são incapazes de oferecer, de maneira isolada, respostas complexamente pertinentes para os problemas normativos da sociedade complexa.

---

[147] Ibid., p. 129.

[148] Neves esclarece que internamente, "elas não admitem Constituição em sentido moderno, a serviço de uma racionalidade transversal entre direito e política. Em face dessas ordens, o transconstitucionalismo funciona de forma muito limitada: irritações, influências e pressões transconstitucionais podem levar a transformações da ordem anticonstitucional. A alternativa ao transconstitucionalismo é, nesse caso, assumir uma postura bélica contra a ordem inimiga do transconstitucionalismo, cujos efeitos colaterais a tornam normativamente não recomendável". (Ibid., 130.). Outra situação, quando se trata de ordens nativas, que não "dispõem de princípios e regras secundárias de organização e, portanto, não estão em condições de admitir problemas jurídicos constitucionais". Ibid., p. 130.

[149] Ibid., p. 130.

[150] Ibid., p. 131.

Os modelos de constitucionalismo internacional, supranacional ou transnacional, "como alternativas à fragilidade do constitucionalismo estatal para enfrentar os graves problemas da sociedade mundial, levam a perspectivas parciais e unilaterais",[151] e assim não oferecem, quando considerados isoladamente, soluções pertinentes para os problemas constitucionais da atualidade. O transconstitucionalismo proposto por Neves,[152] pensando como "modelo de entrelaçamento que serve à racionalidade transversal entre ordens jurídicas diversas", abre-se a uma imensa gama de perspectivas para a solução de problemas constitucionais, melhor adequando-se às relações entre ordens jurídicas do sistema jurídica da sociedade hodierna.

Cabe observar, também, que o transconstitucionalismo se desenvolve de forma intensa e rapidamente no plano estrutural do sistema jurídico, mas no âmbito da semântica constitucional, encontra-se muito limitado. Isso diz respeito à persistência do provincianismo constitucional, principalmente no que tange o direito estatal. Nesse sentido, Neves[153] esclarece que o "transconstitucionalismo não pode eliminar a dogmática constitucional clássica no interior de uma ordem jurídica estatal", pois essa ainda compõe uma dimensão de suma importância no sistema jurídico da sociedade contemporânea e há muitos problemas constitucionais intraestatais.

A abertura do direito constitucional para além do Estado-nação, levando em conta a transterritorialização dos conflitos jurídicos constitucionais, torna imprescindível o incremento de uma teoria e uma dogmática do direito transconstitucional. Para isso, naturalmente, serão precisos novos aportes metodológicos, a serem trabalhados em face de circunstancias complexas. Esse é o maior desafio do transconstitucionalismo para os juristas, as análises

---

[151] Ibid., p. 131.

[152] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 132.

[153] Ibid., p. 131.

dogmáticas e os estudos teóricos permanecem ainda muito fragmentadas e pouco usuais.

O método transconstitucional não pode ser sintetizado ao modelo de identidade de uma ordem jurídica determinada. O ponto de partida é a "dupla contingência[154]". Em suma, o problema da dupla contingência está "presente na relação de observação recíproca ente *ego* e *alter* na interação".[155] A questão da dupla contingência para Luhmann,[156] "não se restringe à interação, na qual os polos *ego* e *alter* remetem a (embora não se confundem com) pessoas, tendo em vista que *alter* e *ego* podem remeter também a sistemas sociais".

Nesse sentido, *ego* e *alter* podem "ser não só o direito como sistema funcional abrangente, mas também suas organizações e ordens jurídicas".[157] Assim sendo, o transconstitucionalismo importa a questão constante da dupla contingência entre muitas ordens jurídicas, sobretudo entre os seus tribunais. A dupla contingência "implica que o *ego* conta com a possibilidade de que a ação de *alter* seja diversa daquela que ele projetou e vice-versa".[158]

Embora não possa seguir uma "pura contingência – pois há os condicionamentos da interação e a absorção da insegurança mediante a estabilização de expectativas -, a tentativa de prever

---

[154] O conceito de dupla contingência conforme Corsi, Esposito e Beraldi, "indica el hecho de que tanto *Ego* como *Alter* observan las selecciones del otro como contingentes. Contingencia, en su acepción lógica, significa exclusión de necesidad e imposibilidad. El concepto de contingencia indica um dato respecto a las alternativas posibles: indica que lo que es actual (y por lo tanto posible) y posible de otras maneras (y por lo tanto no necesario). La contingencia indica entonces la posibilidad de que um dato sea diferente de lo que es. El ser de un dato deriva de uma selección que determina su no ser como ser de otras possibilidades. Un dato es contingente cuando se observa como selección de un ámbito de posibilidades, que permanece en el trasfondo". CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BERALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidade Iberoamericana, 1996. p. 67-68.

[155] NEVES, op. cit., p. 270.

[156] LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. México: Universidad Iberoamericana, 1998. p. 152.

[157] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 270.

[158] Ibid., p. 270.

precisamente o outro fracassaria".[159] Isso importa a suposição mútua de "graus de liberdade (a ação de *alter* pode ser bem diversa da projetada no vivenciar do *ego* e vice-versa), que converte o comportamento em ação".[160] O comportamento torna-se "ação no espaço de liberdade de outras possibilidades de determinação".[161] Segundo Luhmann,[162] a "própria dupla contingência como autocatalisadora dos sistemas sociais supõe a liberdade recíproca na forma de uma incerteza que se condiciona a si mesma em um círculo autorreferencial".

Disso decorre que a dupla contingência "envolve uma combinação de não identidade e identidade de: *Ego* vivencia *alter* como *alter ego*".[163] Ao mesmo tempo que tem a experiência com "a não identidade das perspectivas *ego* vivenciada a identidade dessa experiência de ambos os lados"[164] A dupla contingência carrega consigo a questão do reconhecimento[165], e o problema da negação do reconhecimento "põe-se precisamente quando um dos polos, na relação de observação recíproca entre *ego* e *alter,* não se dispõe a suportar a liberdade do outro",[166] tanto porque não prevê o seu comportamento como ação, tanto porque não presume seriedade a não identidade de sua perspectiva.

---

[159] LUHMANN, op. cit., p. 156.

[160] Ibid., p. 186.

[161] Ibid., p. 169.

[162] Ibid., p. 169.

[163] Ibid., p. 172.

[164] Ibid., p. 172.

[165] Neves considera "o reconhecimento entre ordens jurídicas ou tribunais como um problema de dupla contingência". NEVES, Marcelo. A constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO Claudineu de (Org.). **Direitos humanos, democracia e república**: homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009a. p. 677 ss.

[166] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 271.

Por fim, Luhmann[167] considera que "uma das mais importantes consequências da dupla contingência é o surgimento da confiança ou desconfiança", podemos afirmar que, "na negação do reconhecimento do outro, a desconfiança expande-se de tal maneira que impede a construção de interações fundadas na dupla contingência".[168] O transconstitucionalismo depende de um método que não se medite em uma identidade cega. Neves[169] aclara que,

> [...] ordens jurídicas isoladas são evidentemente levadas, especialmente mediante os seus tribunais supremos ou constitucionais, a considerar em primeiro plano a sua identidade, pois, caso contrário, diluem-se como ordem sem diferença de seu ambiente. Mas, elas estão confrontadas com problemas comuns, especialmente quando esses são de natureza jurídico-constitucional, impõe-se que seja considerada a alteridade. Caso contrário, a tendência é o bloqueio recíproco.

Nesse sentido, é fundamental "no plano da construção de uma metodologia do transconstitucionalismo, que se considere ser indispensável à reconstrução permanente da identidade constitucional",[170] por força de uma ideia permanente da alteridade. Isso significa, conforme Neves,[171] "a prontidão para a abertura não apenas cognitiva, mas também normativa para outra(s) ordem(ns) entrelaçada(s) em casos concretos".

Nessa perspectiva, o desenvolvimento de um método transconstitucional abre a "possibilidade de construção de uma racionalidade transversal na relação entre princípios e regras de ordens jurídicas distintas".[172] Evidentemente, o modelo busca a

---

[167] LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. México: Universidad Iberoamericana, 1998. p. 179.

[168] NEVES, op. cit., p. 272.

[169] Ibid., p. 272.

[170] Ibid., p. 272.

[171] Ibid., p. 272.

[172] Ibid., p. 275.

alteridade, que resulta na busca constante de rearticular a identidade em face de outrem, tendo os seus limites no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos. Não obstante, em um mundo regado por problemas constitucionais comuns, para uma "pluralidade de ordens jurídicas, o método transconstitucional parece mais adequado à passagem de uma simples diferenciação construtiva entre ordens jurídicas",[173] no plano de suas respectivas autofundamentações.

Sabe-se que há ordens jurídicas que estão poucas dispostas ao diálogo transconstitucional, isso não significa que elas serão expluídas metodologicamente do transconstitucionalismo, "isso 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".[174]

Portanto, a metodologia transconstitucional precisa desenvolver-se na busca efetiva de construir pontes de transição que efetive relacionamentos construtivos entre ordens jurídicas, mediante a articulação pluridimensional de seus princípios e regras em face de problemas jurídico-constitucionais comuns, atuando como um correio de transmissão fundamental em um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos.

3.3 O Transconstitucionalismo Pluridimensional no Sistema Jurídico Mundial de Níveis Múltiplos

O transconstitucionalismo entre ordens jurídicas, seja do mesmo tipo ou de diferentes espécies, pode ocorrer nas suas formas mais variadas[175], em regra, tende ao envolvimento de mais de duas

---

[173] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 276.

[174] Ibid., p. 276.

[175] O transconstitucionalismo ocorre com mais frequência em seis espécies diversas: entre o direito internacional público e direito estatal, entre direito supranacional e direito estatal, entre ordens jurídicas estatais, entre ordens jurídicas estatais e transnacionais, entre ordens jurídicas estatais e

ordens jurídicas, seja da mesma espécie ou de tipos diversos. Esses casos complexos remetem a um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, no qual ocorre um transconstitucionalismo pluridimensional, que resulta do interesse simultâneo de um mesmo problema jurídico-constitucional para uma pluralidade de ordens jurídicas. A referência a um "sistema mundial de níveis[176] múltiplos", tem sua origem na concepção de "política de níveis múltiplos"[177], e busca-se ressaltar uma pluralidade de ordens "cujos tipos estruturais, formas de diferenciação, modelos de autocompreensão e modos de concretização são fortemente diversos e peculiares, uma multiplicidade da qual resultam entrelaçamentos",[178] nos quais, nenhuma das ordens pode se apresentar como detentora da razão discursiva.

De tal modo, põe-se perante um sistema multicêntrico, no qual, ainda que haja hierarquia no interior das ordens, prevalecem entre elas as heterárquicas relações. O nexo circular entre as ordens, conforme expressa Douglas Hofstafter, "admite apenas a noção de uma hierarquia entrelaçada, que é incompatível com uma conexão escalonada entre elas".[179] Nesse contexto, ocorre o entrelaçamento das mais diversas ordens jurídicas, "cada uma delas com pretensão

---

ordens locais extraestatais e entre direito supranacional e direito internacional. Sobre especificações mais detalhadas, ver Ibid., p. 132-235.

[176] Neves faz alguns esclarecimentos a respeito do termo "níveis", para que se evite "qualquer suspeita de que sustento um modelo hierárquico-piramidal para as ordens jurídicas da sociedade mundial. Tampouco pretendo afirmar, quando uso essa expressão, uma divisão de trabalho entre essas ordens, pois implicaria um plano de supraordenação, o que tornaria desnecessária uma discussão sobre os delicados problemas do transconstitucionalismo. Muito menos, trata-se de vincular a noção de um sistema de níveis múltiplos ao conceito inflacionário de relação entre uma pluralidade de Constituições (acabadas). Mas parece ser nesse sentido de hierarquia e divisão de trabalho que se tem utilizado predominantemente a expressão 'sistema de níveis múltiplos', especialmente quando se trata de questões constitucionais". (Ibid., p. 236). Portanto, a ênfase e dada ao "público" e no "político/poder", e não propriamente na relação entre ordens jurídicas no entrelaçamento público/privado.

[177] Para a compreensão no âmbito jurídico, ver PERNICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism in the European Union. **European Law Review,** Andover, n. 27, 2002. Disponível em: <http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0502.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

[178] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 237.

[179] HOFSTAFTER, Douglas Richard. **Gödel, Escher, Bach:** um entrelaçamento de gênios brilhantes. Brasília: UNB, 2001, p. 751.

de autofundamentação realizada em grau maior ou menor, confrontadas com problemas jurídico-constitucionais",[180] que são igualmente relevantes. Assim,

> [...] questões de direitos fundamentais ou da limitação e o do controle do poder, como também da participação juridicamente regulada em procedimentos políticos, que constituem problemas centrais do constitucionalismo em sentido moderno, reaparecem enredadas em uma malha de pretensões de resolução de caso que partem de ordens diversas. Nessas circunstâncias, um caminho equivocado seria negar a abertura cognitiva das respectivas ordens para os sistemas sociais com o qual se encontram confrontados, o que impediria o surgimento da transversalidade constitucional. Mas o que é especificamente preocupante, no plano da conexão de ordens jurídicas, é o risco, sempre presente, de um fechamento normativo de uma ordem perante a outra, em detrimento da solução adequada dos problemas constitucionais comuns.[181]

Nesse caso, tende-se a um rompimento impeditivo da construção das pontes de transição entre ordens jurídicas diversas. O transconstitucionalismo, no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, apresenta-se como "modelo fundamental de viabilização de um tratamento satisfatório desse risco".[182] Desse modo, não apenas surgem problemas constitucionais para uma pluralidade de ordens, mas também há progressão de elementos constitucionais em diversos níveis.

Em alguns casos, "uma das ordens envolvidas pode não dispor positivamente dos elementos constitucionais".[183] Não obstante, ao afrentar com os problemas jurídico-constitucionais da sociedade hodierna complexa e ao deparar com "pretensões de outras ordens jurídicas, a ordem avessa inicialmente ao constitucionalismo tende a desenvolver, em seu discurso, elementos constitucionais para

---

[180] Ibid., p. 237.

[181] Ibid., p. 237.

[182] Ibid., p. 237.

[183] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 238.

concorrer à solução do caso".[184] Nesse sentido, desprezar à colisão tende a ter efeitos avessos em todas as direções, inclusive para a própria ordem que almeja desconhecer o respectivo entrelaçamento transconstitucional dos comuns problemas.

Dessa maneira, entrelaçamentos transconstitucionais podem se apresentar, simultaneamente, "entre ordens estatais, supranacionais, internacionais, transnacionais e locais, sempre que um problema jurídico constitucional seja-lhes relativamente em um determinado caso".[185] Portanto, todos os tipos de ordem não se envolvem concomitantemente em face de um igual problema constitucional, mas é frequente que mais de duas ordens jurídicas entrem em conexão transconstitucional perante casos jurídicos que são de mesma forma relevantes.

Assim, infere-se que o transconstitucionalismo em um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos está relacionado, diretamente ou indiretamente, com problemas no que tange aos direitos fundamentais ou direitos humanos[186]. Essas expressões têm um grau de suma importância na sociedade contemporânea, porém, surgem algumas ambiguidades que exigem uma certa delimitação para o melhor entendimento no âmbito da teoria transconstitucional.

---

[184] Ibid., p. 238.

[185] Ibid., p. 238.

[186] Para Sarlet, a distinção entre "direitos humanos" e "direitos fundamentais" é de que o termo "direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada, ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte relevam um inequívoco caráter supranacional (internacional). Assim, com base no exposto, cumpre traçar uma distinção, ainda que de cunho predominantemente didático, entre as expressões direitos humanos (positivados na esfera do direito internacional) e direitos fundamentais (direitos conhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado)". SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 29-30.

No plano teórico, Luhmann procurou fazer distinções, por exemplo, os "direitos fundamentais (positivados constitucionalmente) serviriam à manutenção de uma ordem diferenciada de comunicação ou, a *contrario sensu*, reagiriam ao perigo da desdiferenciação",[187] e os direitos humanos[188] estariam relacionados ao "problema da exclusão, orientando-se, portanto, para inclusão do homem como pessoa nos sistemas funcionais da sociedade, especialmente no direito".[189] Defendia, porém, "uma semântica restritiva dos direitos humanos, para incluir apenas aquelas situações em que houvesse violações chocantes e escandalosas à dignidade humana no âmbito da sociedade mundial".[190]

Assim como a reação a violações extremas aos direitos humanos que se manifestam, por exemplo, na tortura e no genocídio, constitui um dos mais significativos indícios de um sistema jurídico mundial, não se pode ignorar também a "falta de condições mínimas de sobrevivência para grande parte da população na sociedade mundial de hoje, implicando como que uma exclusão social absoluta dos respectivos grupos humanos",[191] também tem sido vista como uma violação tenebrosa e escandalosa à dignidade humana e, pois, aos direitos humanos.

A partir desse contexto teórico, Neves propõe que os direitos humanos sejam "definidos primariamente como expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade (mundial) e, portanto, de acesso universal ao direito

---

[187] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedade**. México: Universidad Iberoameriana, 2002. p. 573.

[188] Embora em suas primeiras obras Luhmann desprezou os direitos humanos, no qual, conceituou de "direitos eternos", mais tarde, enfatizou que "a crescente atenção para as ofensas aos direitos humanos faz parte dos mais importantes indicadores de um direito da sociedade mundial". Ibid., p. 574.

[189] Ibid., p. 582.

[190] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 251.

[191] Ibid., p. 252.

enquanto subsistema social".[192] Porém, daí resultará a fragilidade do conceito nas correspondentes áreas territoriais, pois quanto "maior foi a exclusão em determinados âmbitos da sociedade mundial, tanto mais será limitada a realização da diferenciação funcional nos respectivos contextos sociais".[193]

Dessa maneira, tanto os direitos fundamentais quanto os direitos humanos dizem respeito "à inclusão da pessoa e à diferenciação da sociedade. Os conteúdos praticamente coincidem. A diferença reside no âmbito de suas pretensões de validade. Os direitos fundamentais valem dentro de uma ordem constitucional",[194] no qual, é estatalmente determinada. Os direitos humanos pretendem valer para o "sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, ou seja, para qualquer ordem jurídica existente na sociedade mundial (não apenas para a ordem jurídica internacional).[195]

Cabe observar que as condições para o princípio dos direitos humanos na sociedade moderna relacionam-se com a "emergência de um dissenso estrutural, concernente não apenas à pluralidade de esferas de comunicação como pretensão de autonomia (complexidade sistêmica)",[196] mas também à "heterogeneidade de expectativas, interesses e valores de pessoas e grupos".[197]

Nesse sentido, Neves delimita o conceito de direitos humanos, para defini-lo como "expectativas normativas de inclusão jurídica generalizada nas condições de dissenso estrutural da sociedade

---

[192] NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 4, p. 8, out./dez. 2005. Disponível em: <http//www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20 out. 2017.

[193] LUHMANN, op. cit., p. 582.

[194] NEVES, op. cit., 2009b. p. 253.

[195] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 253.

[196] NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 4, p. 8, out./dez. 2005. Disponível em: <http//www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20 out. 2017.

[197] Ibid., p. 8.

mundial".[198] Assim compreendidos, os direitos humanos localizam-se na fronteira do sistema jurídico, "vinculando-o a uma moral da inclusão e do dissenso, que circula com relevância no âmbito da sociedade mundial do presente, em concorrência com outros modelos morais".[199]

A questão dos direitos humanos, surgida como um conflito jurídico-constitucional no âmbito dos Estados, perpassa atualmente a todos os tipos de ordens jurídicas no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos (ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais). Constitui, portanto, o cerne do transconstitucionalismo. As controvérsias sobre os direitos humanos decorrem de situações que diversas ordens normativas têm compreensões sensivelmente diferentes das questões ligadas aos direitos humanos como direitos que pretendem valer para toda e qualquer pessoa.

É nesse contexto que toma significado especial o "transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos que corta transversalmente ordens jurídicas dos mais diversos tipos, instigando ao mesmo tempo, cooperação e colisões".[200] A respeito do transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, Neves[201] apresenta a ideia de que

> [...] embora não se possa afastar o direito constitucional clássico do Estado, vinculado geralmente a um texto constitucional, o constitucionalismo abre-se para esferas além do Estado, não propriamente porque surjam outras Constituições (não estatais), mas sim porque os problemas eminentemente constitucionais, especialmente os referentes aos direitos humanos, perpassam simultaneamente ordens jurídicas diversas, que atuam entrelaçamente na busca de soluções.

---

[198] NEVES, op. cit., p. 255.

[199] Ibid., p. 255.

[200] Ibid., p. 256.

[201] Ibid., p. 269.

Dessa maneira, o transconstitucionalismo "afigura-se como o direito constitucional do futuro, exigindo um maior grau de interdisciplinaridade".[202] Assim, far-se-á necessário um excurso entre os limites e possibilidades do transconstitucionalismo entre condições empíricas, exigência funcional e pretensão normativa. Nesse sentido, há relevantes condições empíricas negativas à realização do transconstitucionalismo na sociedade contemporânea. Pode-se também afirmar que o transconstitucionalismo "carrega em si uma dimensão positiva, o desenvolvimento da racionalidade transversal entre ordens jurídicas, e uma dimensão negativa, as relações bloqueadoras e destrutivas entre elas".[203]

Os seus limites não são, portanto, "apenas determinadas a partir do exterior do sistema jurídico, mediante a sobreposição ou 'colonização' de ordens jurídicas por sistemas sociais que instrumentalizam o direito".[204] Também ao enfoque interno ao sistema jurídico, o transconstitucionalismo é autobloqueado pelas diversas formas de direito[205], embora estejam condicionas por fatores externos. Mediante as assimetrias das formas do direito, o transconstitucionalismo é "obstaculizado ou prejudicado em virtude do fato de que, em determinados contextos, uma delas apresenta-se demasiadamente forte em relação a uma outra, desconsiderando-lhe as pretensões e exigências".[206]

Essa maneira de sobreposição de "uma forma de direito a uma outra não se implica a formação de uma ordem ou organização

---

[202] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 269.

[203] Ibid., p. 279.

[204] Ibid., p. 279.

[205] Em relação a expressão "formas de direito", Neves esclarece que, nesse caso, "trata-se de uma distância entre formas estruturais da sociedade (uma da economia, a outra do direito) e os sujeitos concretos, ou seja, formas da alienação". (Ibid., p. 280). O autor considera então, "os diversos modos em que se relaciona, nas dimensões temporal, social, material e territorial, o código-diferença primário do direito (lícito/ilícito) com os programas e critérios jurídicos de decisão e solução de conflitos (particularmente normas constitucionais, legais, administrativas, sentenciais, negociais e consuetudinárias, modelos dogmáticos e precedentes judiciais)". Ibid., p. 280.

[206] Ibid., p. 280.

hierárquica no sentido tradicional de uma estrutura escalonada",[207] mas, antes, leva a mecanismos difusos de opressão da autonomia de formas de direito por outras. No âmbito das relações internacionais, a "expansão do código do poder em detrimento do código jurídico está associada à imunização e intocabilidade das ordens jurídicas das grandes potências[208] perante o direito internacional público".[209]

Portanto, deve-se enfrentar a questão de estabelecer em que medida as ordens jurídicas e culturas jurídicas dos Estados considerados mais fortes no contexto da sociedade contemporânea atuam "destrutivamente em relação ao desenvolvimento de formas de direito de outros estados. Nesse particular, destaca-se o problema da opressão",[210] neocolonial com o direito nos países periféricos.

Quando surgem formas que desviam das relações jurídicas referentes ao mercado, "à distribuição do poder, à identidade cultural, à educação etc., medidas de intervenção são frequentemente propostas e executadas, para que a compreensão jurídica do Estado dominante passe novamente a valer".[211] Analogicamente, essas relações dos regimes privados para com as formas de direito dos países periféricos se afastam do modelo transconstitucional.

Em conexão com esse problema, cabe de mesma forma notar que as instâncias centrais do Estado, frequentemente, "não estão dispostas a suportar formas de direito locais colaborar com elas. Disso resulta a opressão das pretensões jurídicas locais em nome da unidade estatal".[212] O oposto é rotineiro: "separatismo cego de

---

[207] Ibid., p. 280.

[208] Luhmann refere-se a "grandes potências" a "Estados – compreendidos aqui como organizações que constituem o centro de cada sistema político (territorial) – que em virtude da intensidade de seu poder, dispõe de maiores possibilidades para atuar, provocando efeitos desdiferenciantes na sociedade mundial". LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedade**. México: Universidad Iberoameriana, 2002. p. 579.

[209] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 280.

[210] Ibid., p. 282.

[211] Ibid., p. 282.

[212] Ibid., p. 283.

comunidades locais que não estão dispostas a conviver com a heterogeneidade do povo e a pluralidade da esfera pública de um Estado constitucional".[213]

Nesse caso, a situação é dominada por litígios de intolerância, que, por fim, não podem ser resolvidos pelo viés jurídico, levando, nas últimas consequências, à solução armada de confusões violentas, avessas ao direito. Assim, cabe refletir o caso de entrelaçamentos negativos, porque não se viabiliza um espaço para um aprendizado recíproco nos termos do transconstitucionalismo. Diante do exposto, pode-se concluir que o transconstitucionalismo é um recurso escasso da sociedade hodierna.

Entrelaçamentos transconstitucionais regulares entre ordens jurídicas só ocorreram, até hoje, em "âmbitos muito limitados do sistema mundial de níveis múltiplos, seja do ponto de vista territorial ou funcional. E prevalecem as perspectivas desfavoráveis a desenvolvimentos positivos".[214] Seria fictícia a ideia de que experiências com a racionalidade transversal nos termos do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estão em condições de generalizar-se em um curto prazo de tempo. Essas experiências fazem parte de alguns âmbitos jurídicos privilegiados de uma sociedade mundial assimétrica.

Verifica-se que formas de direito consideradas mais fortes se sobrepõem de maneira opressora a formas de direito frágeis no sistema mundial de níveis múltiplos. Assim, "as formas estatais de direito das grandes potências permanecem intocáveis perante o direito internacional público e contra esse imunizadas".[215] De mesma maneira, as ordens jurídicas transnacionais "instrumentalizadas pelas grandes empresas atuam destrutivamente e das comunidades locais não estatais".[216]

---

[213] Ibid., p. 283.

[214] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 285.

[215] Ibid., p. 285.

[216] Ibid., p. 286.

Por fim, Neves[217] elucida que o "transconstitucionalismo faz parte das exigências funcionais e, correspondentemente, das pretensões normativas da sociedade mundial". Não obstante, em uma análise empírica, as persistentes "explorações dos discursos jurídicos no contexto de formas de direito assimétricos impõem-se ainda de maneira muito sólida contra essas exigências e pretensões".[218] Essas promovem a exclusão da sociedade mundial, discordante cm o desenvolvimento do transconstitucionalismo.

Na perspectiva do direito internacional público e das ordens jurídicas transnacionais, tem-se tornado corriqueira a utilização do termo "fragmentação" para apontar a falta de unidade do direito na sociedade contemporânea. Neves[219] ilustra que é "nesse contexto teórico, quando não se reconhece a fragmentação, a alternativa apresentada é a utopia constitucional". Do ponto de vista sistêmico-funcional, a "simples afirmação de utopias teleológicas ou o mero reconhecimento da fragmentação não constituem alternativas, antes indicam, respectivamente, o excesso de normativismo ou de realismo",[220] isso na abordagem dos problemas jurídicos da sociedade global.

Os fragmentos podem perdurar sem conexão, atuando de maneira destrutiva para os outros fragmentos. O problema que se põe é o de como "integrar esses fragmentos em uma ordem diferenciada de comunicação",[221] e ainda, como se podem gerar relações de interdependência entre os fragmentos, possibilitando assim a questão da integração sistêmica[222].

---

[217] Ibid., p. 286.

[218] Ibid., p. 286.

[219] Ibid., p. 287.

[220] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 287.

[221] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2006. p. 478.

[222] Luhmann define a integração sistêmica como "redução dos graus de liberdade de subsistemas ou como limitações dos graus de liberdade para seleções e, portanto, negativamente enquanto dependência, sugerido que essa noção aponta tanto para a interdependência entre sistemas quanto para a dependência de pessoas para com os sistemas funcionais". Ibid., p. 278.

Analisando a dependência das pessoas relativamente aos sistemas sociais, Luhmann[223] afirma que "a sociedade mundial é superintegrada e, portanto, precisa de desintegração". Em relação à interdependência entre sistemas sociais, cabe ponderar que ela aponta fortes "tendências negativas à desintegração (fragmentação), que também importa um perigo de desdiferenciação".[224]

Assim, pode-se "sustentar que um certo grau de desintegração intersistêmica (dependência) excessiva de pessoas aos sistemas sociais".[225] Mas, quanto ao excedente de integração de pessoas, a questão é transcorrida pelo problema da "integração social" (inclusão/exclusão)[226], de tal maneira que o vital no conceito de integração é a interdependência sistêmica, principalmente entre sistemas funcionais. Portanto, a sociedade contemporânea precisa é de uma maior integração sistêmica, para que a fragmentação não se esgote e fique sem sentido funcional.

Nesse particular, Neves[227] elucida que "o transconstitucionalismo, na perspectiva do sistema jurídico, serve como *um* modelo estrutural de conexão funcional entre esferas funcionais fragmentadas da sociedade mundial". Isso porque à fragmentação falta estrutura[228]. O transconstitucionalismo, ao

---

[223] Ibid., p. 490.

[224] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 287.

[225] Ibid., p. 288.

[226] Luhmann substitui o tema da "integração social pela diferença inclusão/exclusão". (LUHMANN, op. cit., p. 491). Segundo Corsi, Esposito e Beraldi, a diferença entre inclusão e exclusão se refere "al modo en el cual una sociedad permite a los indiviuos ser personas y por lo tanto participar em la comunicación. La distincíon entre inclusión y exclusión tiene uma relevancia decisiva em la autodescripción de la sociedad, precisamente porque con base em ella se establece el criterio de acceso a la comunicación". CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BERALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidade Iberoamericana, 1996. p. 93-94.

[227] NEVES, op. cit., p. 288.

[228] A respeito do conceito de estrutura, afirma Luhmann: "estruturas são, de fato, necessárias, pois elas restringem o espaço para a adequada conexão entre operações de maneira tão ampla que o desenrolar de operação pode ser realizado. Elas são, poder-se-ia também dizer, necessária redução de complexidade". LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2006. p. 345.

oferecer "pontes de transição" entre ordens jurídicas, de maneira fragmentadas, serve à estruturação do sistema jurídico, sem levar a uma última unidade hierárquica. Dessa forma, pode apresentar-se como a estrutura reflexiva do sistema jurídico mundial de níveis múltiplos.

Além disso, o transconstitucionalismo contribui para a capacidade do sistema jurídico de responder aos problemas complexos da sociedade hodierna, oferecendo modelos normativos para a resolução dos conflitos entre diversos sistemas sociais. Os fragmentos internos e externos ao sistema jurídico encontram na teoria transconstitucional, os elementos constitucionais adequados a contribuir para a sua conexão estrutural, promovendo uma diferenciada ordem de comunicações.

A complexidade da sociedade contemporânea importa a exigência de diferenciação funcional, porém, essa só se realizou de maneira limitada. É um problema que diz respeito "tanto à corrupção sistêmica quanto à fragmentação, que, é 'promover' as estruturas estáveis de uma ordem diferenciada de comunicações, conectando transversalmente os fragmentos".[229] E isso não se resolve com "utopias constitucionais" teleológicas, nem com ordens normativas últimas, mas com modelos que ofereçam aparatos de "tecelagem" dos fragmentos. O transconstitucionalismo, "ao promover diálogos entre ordens jurídicas em questões constitucionais, vincula a identidade à alteridade na relação entre elas, é promotor de uma ordem diferenciada de comunicações",[230] tanto para fora quanto para dentro do sistema jurídico.

Ainda, cabe distinguir o plano da exigência funcional (relação entre problema e solução) e o plano da pretensão normativa, "que fiz respeito às expectativas que são estabilizadas contrafactualmente

---

[229] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 289.

[230] Ibid., p. 289.

no âmbito da sociedade mundial".[231] Disso decorrem "estruturas normativas elementares relacionados à sociedade multicêntrica e altamente complexa".[232] O transconstitucionalismo apresenta-se como um "contraponto normativo básico tanto em relação à primazia expansiva das *estruturas* cognitivas da sociedade mundial (vinculadas à economia, à técnica e a ciência)",[233] quanto também a respeito da "*semântica* de controle das informações (e do saber) pelos órgãos de comunicação em massa". [234]

O que se exige da sociedade contemporânea é a promoção da inclusão, ou seja, a redução do crescente setor da exclusão. Nesse sentido, Bauman[235] alerta para o perigo de um "penetrante sentimento de desespero e exclusão em grande parte do planeta". Trata-se aqui da "integração social no sentido da teoria sistêmica: chance da consideração social de pessoas".[236] A rigor, trata-se, na inclusão, "de acesso das pessoas aos benefícios dos sistemas funcionais; na exclusão, dessa falta de acesso".[237] Luhmann[238] apresenta um paradoxo nessa situação: "a maior integração social (mais inclusão) leva à menor integração sistêmica (mais grau de liberdade em relação aos sistemas)". Portanto,

> [...] enquanto os setores incluídos estão superintegrados (são hiperdependentes dos sistemas: são 'necessitados', sem 'liberdade'), os setores sobreincluídos, especialmente na modernidade periférica, ao terem acesso aos benefícios dos sistemas sociais, mas não dependerem de suas restrições (falta de

---

[231] LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. México: Universidad Iberoamericana, 1998. p. 443.

[232] Ibid., p. 444.

[233] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 290.

[234] Ibid., p. 290.

[235] BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. p. 86.

[236] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2006. p. 492.

[237] NEVES, op. cit., p. 292.

[238] LUHMANN, op. cit., p. 500.

> capacidade de imputação dos respectivos sistemas sociais), atuam de maneira desintegradora.[239]

Isso importa uma relação entre a dimensão funcional da integração sistêmica e a dimensão normativa da integração social, no qual, podem desenvolver-se bem intensamente quando "estão presentes setores de sobreinclusão e, portanto, ampliam-se os setores de exclusão ou de subinclusão".[240] Além do mais, a exclusão mina a diferenciação funcional.

A promoção da inclusão, vinculada a um enfrentamento com as variadas formas da corrupção sistêmica, no plano da sociedade contemporânea, encontra "melhores perspectivas no desenvolvimento do transconstitucionalismo no sistema mundial de níveis múltiplos entrelaçados do que em ordens isoladas, sobretudo se essas têm pretensão de constituir comunidades".[241] Isso porque a identidade jurídica de cada ordem ligada à alteridade transconstitucional possibilita a "universalização dos direitos, independentemente da eventualidade de ser membro ou não de uma determinada comunidade". [242]

E essa é a assertiva mais fundamental no âmbito do transconstitucionalismo, o qual não é a pertinência de ser membro ou não de determinada comunidade, mas sim uma promoção de inclusão generalizada, especialmente em relação ao direito, no contexto de uma estrutura heterogênea e diferenciada de comunicações.

Nesse sentido, Neves[243] sustenta que "constituem problemas morais na sociedade mundial do presente não apenas a corrupção sistêmica, mas também, associada a ela, a exclusão de amplos

---

[239] NEVES, op. cit., p. 292.

[240] Ibid., p. 292.

[241] Ibid., p. 293.

[242] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 293.

[243] Ibid., p. 293.

setores da sociedade mundial" dos benefícios basilares dos sistemas funcionais.

Se na sociedade contemporânea a moralização só tem significado para os sistemas funcionais em casos extremos de patologias, então cumpre concluir que a "pretensão normativa do transconstitucionalismo dirige-se a afirmar-se contrafactualmente diante de patologias da modernidade". [244]

Portanto, diante do entendimento teórico dos conceitos, características, limites e possiblidades do transconstitucionalismo no sistema mundial de níveis múltiplos, busca-se, no próximo capítulo, dar luz às bases materiais para a hermenêutica transconstitucional, via caos concretos de diálogos entre ordens jurídicas na sociedade multicêntrica.

[244] Ibid., p. 293.

4

O diálogo transconstitucional como condição de efetivação dos direitos humanos e direitos fundamentais na sociedade mundial

Nesse último capítulo, serão demonstrados via o entendimento transconstitucional casos concretos entre ordens jurídicas estatais e ordens locais extraestatais, ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas estatais e transnacionais, a fim de comprovar a eficácia da teoria transconstitucional frente aos problemas jurídico-constitucionais da sociedade mundial. Assim, parte-se do pressuposto de que isso implica o reconhecimento da necessidade das diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de conflitos buscarem formas transversais de articulação para a resolução dos litígios, cada uma delas observando a outra, para envolver os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solucioná-los, de modo a reconstruir sua identidade, enquanto leva a sério a alteridade em relação do outro.

4.1 Relação Transconstitucional entre a Ordem Jurídica Estatal Brasileira e as Ordens Extraestatais de Coletividades Nativas

A experiência brasileira se depara com problemas jurídico-constitucionais decorrentes do entrelaçamento entre ordens jurídicas estatais e ordens normativas nativas, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais, cujos pressupostos antropológico-culturais não se conciliam com o modelo de

constitucionalismo do Estado. Evidentemente, nesse caso, "trata-se de ordens arcaicas que não dispõem de princípios ou regras secundárias de organização e, por conseguinte, não se enquadram no modelo reflexivo do constitucionalismo".[1] A rigor, elas não reconhecem[2] problemas jurídico-constitucionais de direitos humanos e de limitação jurídica do poder. Nesse contexto, há uma incoerência do transconstitucionalismo, pois ele se envolve em diálogos constitucionais com ordens normativas que estão à margem do próprio constitucionalismo.

Essa situação é resultante da necessidade inerente ao transconstitucionalismo de não "excluir o desenvolvimento de institutos alternativos que possibilitem um diálogo construtivo com essas ordens dos antropológico-culturalmente 'diferentes'",[3] fundamentadas milenarmente no território do respectivo Estado. Assim, embora limitado, o transconstitucionalismo não perde sua essência para o desenvolvimento da dimensão normativa da sociedade mundial contemporânea.

A América Latina tem sérios problemas jurídico-constitucionais envolvendo as ordens jurídicas extraestatais e estatais, em muitos casos, procura-se solucionar os litígios com o modelo de integração constitucional da pluralidade resultante das particularidades normativas das comunidades nativas. Nessa perspectiva, o modelo brasileiro de integração constitucional[4] dos indígenas dirige-se,

---

[1] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 216.

[2] Ordens desse tipo exigem, conforme esclarece Neves, cada vez mais, um "transconstitucionalismo unilateral de tolerância e, em certa medida, de aprendizado: embora elas sejam avessas ao modelo de direitos humanos e de limitação jurídica do poder nos termos do sistema jurídico da sociedade mundial, não se compatibiliza com o transconstitucionalismo a simples imposição unilateral e heterogênea de 'direitos humanos' a membros da respectiva comunidade, pois tal medida pode ter efeitos destrutivos em suas mentes e em seus corpos, sendo contrária ao próprio conceito de direitos humanos". NEVES, op. cit., p. 130.

[3] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 217.

[4] A Constituição brasileira traz elementos com pretensão de integração das comunidades indígenas no âmbito do constitucionalismo estatal, mesmo que de uma forma restrita, no Capítulo VIII do Título VIII (arts. 231 e 232). BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**

sobretudo, ao reconhecimento e proteção[5] dos "direitos originários sobre as terras", firmando a competência da União para demarcá-las. Não há, portanto, "um regime de autonomia institucional, com determinação de jurisdições ou unidades organizacionais próprias".[6] Nesse sentido, observa Segato[7]:

> Contudo, esses territórios não se comportam como verdadeiras jurisdições, a devolução de terras não foi acompanhada por um processo equivalente de reflexão e reconstrução das instâncias próprias de resolução de conflitos, graus crescentes de autonomia institucional no exercício da justiça própria e recuperação paulatina da prática processual. A figura da tutela, vigente até hoje no Estatuto do Índio, apesar de sua revogação parcial no novo texto constitucional, contribui para reduzir cada pessoa indígena, em sua individualidade, ao regime ambivalente de subordinação/proteção por parte do Estado Nacional.

Essa posição limitada de integração e de afirmação da autonomia organizacional das comunidades no modelo brasileiro constitucional intensifica a perspectiva de colisões entre ordem

---

de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao. htm>. Acesso em: 14 jun. 2017.

[5] Nessa perspectiva de proteção e reconhecimento, na experiência latino-americana, destacam-se sobretudo as constituições da Colômbia e Bolívia. Neves cita que nessas se encontram "critérios de articulação entre direito estatal e as ordens normativas das comunidades indígenas. Nesse sentido, a pretensão mais acentuada de integração constitucional dessas comunidades encontra-se na recente Constituição boliviana, que estabeleceu o Estado como 'plurinacional comunitário' (art. 1º), incluindo as comunidades indígenas como unidades políticas com poder e direito de autonomia e autogoverno, assim como à participação na 'formação' de vontade estatal (arts. 2º, 30-32, 146, 147, 269, inciso I, e 289-296)". (NEVES, op. cit., p. 218). Também, destaca-se a Constituição peruana, que além de determinar que as "comunidades nativas 'têm existência legal e são pessoas jurídicas', assim como que elas 'são autônomas em sua organização' (art. 89), estabelece uma jurisdição própria dessa comunidade, baseada nos respetivos direitos consuetudinários, sob a reserva, porém, de que o exercício da correspondente jurisdição não leve à violação dos direitos fundamentais da pessoa (art. 149)". Ibid., p. 218.

[6] Ibid., p. 218.

[7] SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, DF, v. 01, n. 01, p. 69, 2014. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4113557/mod_resource/content/1/19-85-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

jurídica estatal e as ordens normativas de comunidades indígenas[8]. Mas a possibilidade de emergência dessas colisões, por força de "entrelaçamentos de perspectivas diversas de tratamento de problemas cruciais de direito constitucional, também está presente naqueles países em que a pretensão de integração constitucional da autonomia institucional das comunidades nativas foi mais acentuada",[9] implantando-se de maneira mais ramificada na prática jurídico-constitucional.

Dois casos envolvendo a colisão de direitos constitucionais na esfera brasileira, no âmbito de comunidades nativas e entre ordens jurídicas estatais, ocorrem na questão do regime matrimonial constitucionalmente regulado e na Proposta de Emenda à Constituição nº 215-A, de 2000, elaborada na Câmara dos Deputados, propondo alterar a Constituição para transferir ao Congresso a decisão final sobre a demarcação de terras indígenas, territórios quilombolas e unidades de conservação no Brasil.

No Brasil, a Constituição prevê o modelo monogâmico de sociedade conjugal (art. 226), sendo a bigamia penalmente condenável (art. 235 do Código Penal). Segundo Neves,[10] "as comunidades indígenas localizadas no território brasileiro caracterizam-se por adotarem relações institucionais poligâmicas. Em princípio, isso não traria problemas maiores", equiparando-se a relações extraconjugais.

A questão se refere ao fato de que "a poliginia leva ao problema de direitos sociais, quando surge a questão do direito de mulheres indígenas, companheiras ou 'cônjuges' de um mesmo

---

[8] Uma mostra expressiva de persistência entre a colisão em torno dos direitos dos indígenas ou de empresas privadas, é o conflito criado sobre áreas da Reserva indígena Raposa Serra do Sol. (Petição 3.388/PR, julg. 19 de março de 2009, TP, DJ 31 de março de 2009, no qual, teve decisão favorável às comunidades nativas. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3.388/PR**. Brasília, DF, julgamento. 19 de março de 2009, TP, DJ 31 de março de 2009, no qual, teve decisão favorável às comunidades nativas. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=366492>. Acesso em: 10 set. 2017.

[9] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 219.

[10] Ibid., p. 221.

homem",[11] à pensão por morte do segurado (art. 201, inciso V, da Constituição Federal). A respeito de tal questão, o Poder Judiciário brasileiro tem decidido no sentido de concessão do valor de uma única pensão devida, determinando a partilha entre as companheiras que requeiram a pensão, para que, assim, seja mantido o princípio de igualdade em relação a todos segurados[12]. Nessa prerrogativa, entretanto, a garantia do benefício (art. 201, § 2º da Constituição) tem de sofrer uma restrição conforme essa solução transconstitucional.

Outro conflito envolvendo a demarcação de terras foi alvo de denúncia do Conselho de Direitos Humanos da ONU em Genebra (Suíça), que realizou a Revisão Periódica Universal do país. Segundo o relatório da ONU para esta matéria, a população indígena poderá sofrer muitos danos com a aprovação da PEC 215, recomendando a rejeição, atualmente tramitando na Câmara dos Deputados.

A ementa da proposta de autoria do Deputado Federal Almir Morais Sá (PPB/RR) tem o seguinte teor: "acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o § 4º e acrescenta o § 8º ambos no art. 231, da Constituição Federal"[13]. Ainda em trâmite no Congresso Nacional, é encarado pelos diversos povos tradicionais brasileiros e ativistas como uma ameaça aos direitos indígenas. Não há dúvida de que há uma situação extremamente precária em que se atrela uma "colisão entre ordens normativas em princípios inconciliáveis, mas se trata

---

[11] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 221.

[12] No Juizado Federal do Amapá foi ajuizado uma Ação Civil Pública n.º 2004.31.00.700374-6, na qual se decidiu que Masaupe Waiãpi, Ana Waiãpi e Sororo Waiãpi, viúvas do indígena Parara Waiãpi, rateassem a pensão por morte e os saldos do FGTS. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no recurso extraordinário com agravo 748.367 São Paulo**. Agravante: Tauan Garcia Gomes. Agravado: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF 3 de setembro de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.sp?docTP=TP&docID=4542839>. Acesso em: 10 set. 2017.

[13] SÁ, Almir Morais et al. **Proposta de emenda à Constituição nº 215-A, de 2000**. Acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o § 4O e acrescenta o 5 8O ambos no art. 231, da Constituição Federal; tendo parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, pela admissibilidade desta, com emenda saneadora, e das de nos 579t2002, 156t2003, 25712004, 275/2004, 31 912004, 3712007, 1 1712007, 16112007, 29112008, 411t2009 e 415t2009, apensadas (relator: dep. Osmar Serraglio). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoes>. Acesso em: 10 set. 2017.

de caminhos na busca de diálogo constitucional, conforme o modelo de tolerância transconstitucional".[14]

Um exemplo do entrelaçamento de colisões constitucionalmente relevantes se apresentou na relação entre a ordem jurídica estatal brasileira e a ordem normativa dos índios Suruwaha, habitantes do município de Tapauá, localizado no Estado do Amazonas, os quais se mantiveram isolados voluntariamente até o final da década de 1970, na qual tiveram seu primeiro contato com uma equipe do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), que percebeu se tratar de "um povo capaz de garantir sua autossustentabilidade e manter viva sua cultura, desde que permanecesse livre da presença de invasores".[15]

Conforme o direito consuetudinário[16] dos Suruwaha, é "obrigatório o homicídio dos recém-nascidos quando tenham alguma deficiência física ou de saúde em geral".[17] A repercussão pública do costume dos Suruwaha levou à proposição por parte do Deputado Federal Henrique Afonso (filiado, à época, ao PT/AC e, atualmente, ao PV/AC), do Projeto de Lei n.º 1.057, de 2007, que objetiva modificar o Estatuto do Índio para criar proteções a

---

[14] NEVES, op. cit., p. 221-222.

[15] SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, DF, v. 01, n. 01, p. 73, 2014. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4113557/mod_resource/content/1/19-85-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

[16] Em outra comunidade, a dos indígenas Yawanawá, localizada no Estado do Acre, na fronteira entre Brasil e Peru, "há uma ordem normativa consuetudinária que determina que se tira a vida de um dos gêmeos recém-nascidos. Nesse contexto, também tornou-se público o fato de que práticas desse tipo eram comuns entre os Yanomami e outras etnias indígenas". (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 222). Essa situação levou a grandes repercussões polêmicas, pois se tratava de um conflito praticamente insolúvel entre direito de autonomia cultural e direito à vida. O problema tomou destaque na ocasião em que a indígena Edna Luiza Alves Yawanawa, "em oficina de direitos humanos da Fundação Nacional do Índio, em 2002, descreveu a obrigatoriedade, em sua comunidade, da prática de homicídio de um dos gêmeos, apresentando-se como vítima dessa prática jurídica costumeira". (SEGATO, op. cit., p. 68). Nesse contexto, a questão também foi apresentada, conforme explica Segato, "como conflito entre direito de autonomia cultural e direito das mulheres. Passou, porém, a ter ampla repercussão pública em relação ao direito da criança à vida". Ibid, p. 68.

[17] NEVES, op. cit., p. 222.

crianças, pessoas com deficiência e idosos de comunidades indígenas que possam ter sua integridade física e psíquica ameaçada em razão de práticas culturais.

O Projeto é conhecido como "'Lei Muwaji', em homenagem a uma mãe da tribo que se rebelou contra a tradição de sua comunidade e salvou a vida da filha que seria morta por ter nascido deficiente",[18] destinado especificamente à criminalização dessa prática. A ementa desse projeto tem o seguinte teor: "Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais"[19].

Para fins de "medidas específicas de combate a essas práticas, inclusive a criminalização daqueles que, em contato com a comunidade nativa, não procedessem à devida notificação às autoridades competentes",[20] assim como das autoridades que não tomassem as providências pertinentes ao caso (arts. 3º, 4º e 5º do Projeto de Lei 1.057/07), o art. 2º, inciso I a VIII, do Projeto, previa tipificação dos seguintes casos de "homicídio de recém-nascido":

> I. homicídios de recém-nascidos, em casos de falta de um dos genitores; II. homicídios de recém-nascidos, em casos de gestação múltipla; III. homicídios de recém-nascidos, quando estes são portadores de deficiências físicas e/ou mentais; IV. homicídios de recém-nascidos, quando há preferência de gênero; V. homicídios de recém-nascidos, quando houver breve espaço de tempo entre uma gestação anterior e o nascimento em questão; VI. homicídios de recém-nascidos, em casos de exceder o número de filhos considerado apropriado para o grupo; VII. homicídios de recém-

---

[18] TEIXEIRA, Bruna Escobar; NUNES, Péricles Stehmann. Do diálogo transconstitucional entre a cultura indígena e a ordem constitucional brasileira. **Revista de Formas Consensuais de Conflito**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 115, 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/1573/2033>. Acesso em: 08 ago. 2017.

[19] AFONSO, Henrique. **Projeto de Lei 1057/2007**. Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoes>. Acesso em: 12 set. 2017.

[20] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 223.

> nascidos, quando estes possuírem algum sinal ou marca de nascença que os diferencie dos demais; VIII. homicídios de recém-nascidos, quando estes são considerados portadores de má-sorte para a família ou para o grupo.[21]

O Projeto também propunha tipificação dos "homicídios de criança, em caso de crença de que a criança desnutrida é fruto de maldição, ou por qualquer outra crença que leve o óbito intencional por desnutrição (art. 2º, inciso IX)". [22]Essas hipóteses previstas no Projeto, além de outras referentes a "abusos sexuais, maus-tratos e outras agressões físico-psíquicas de crianças e seus genitores por fundamentos culturais e tradicionais (art. 2º, incisos X, XI e XII)", [23]correspondem a práticas executadas nas comunidades indígenas brasileiras.

A discussão do projeto deu ensejo a uma audiência pública na Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados. Embora, "não tenha logrado êxito, o contexto em que foi elaborado e a discussão que engendrou apontam para um caso singular de diálogo transconstitucional",[24] entre ordens jurídicas. O mencionado Projeto foi apresentado em 11 de maio de 2007, aprovado pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias pelo parecer da Relatora Janete Rocha Pietá em 01 de junho de 2011, aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania em 02 de julho de 2013. A redação final do Projeto, assinado pelo relator Deputado Marcos Rogério, foi aprovada em 26 de agosto de 2015. Por fim, a mesa diretora da Câmara dos Deputados remeteu a matéria ao Senado Federal por meio do Ofício n. 510/15/PS-GSE em 02 de setembro de 2015.

Aceita a matéria, o Projeto de Lei nº 1057/07 tornou-se o Projeto de Lei da Câmara nº 119/2015, na qual estão sendo marcadas audiências públicas para discussão do assunto, tendo como Relator

---

[21] AFONSO, op. cit., p. 1.

[22] Ibid., p. 2.

[23] Ibid., p. 2.

[24] NEVES, op. cit., p. 224.

o Senador Paulo Paim (PT/RS). A última tramitação foi no dia 15 de setembro de 2017, com a realização de uma audiência pública para instrução do Projeto na Comissão de Direitos Humanos (CDH) e Legislação Participativa.

A justificativa baseia-se em instrumentos jurídicos que acentuam os direitos das mulheres e crianças perante costumes nativos. Assim, visa cumprir dispositivos como o Decreto n.º 99.710 de 1990, o qual promulga a Convenção sobre os Direitos das Crianças que reconhece o direito à vida como inerente a toda criança. Também visa executar recomendação da Assembleia Geral das Nações Unidas, como estabelecido na Resolução A/RES/56/128 de 2002, a qual combate as práticas tradicionais nocivas. Igualmente, cumpre mencionar a Resolução A/S-27/19, também da Assembleia Geral da ONU, que coloca em prioridade os interesses das crianças.

Destaca-se a proteção da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, garantindo o direito à vida e à saúde a todas as crianças, bem como que essa proteção é garantida pelo artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ressalta-se, ainda, o Código Civil, em seu artigo 1º, no qual determina que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil e, em seu artigo 2º, que o começo da personalidade civil se dá com o nascimento com vida. Os Instrumentos normativos mencionados estão indicados como justificativa no Projeto de Lei. Do mesmo modo, outra justificativa que o Projeto de Lei 1057/07[25] cita:

> [...] é importante destacar que a cultura é dinâmica e não imutável. A cultura não é o bem maior a ser tutelado, mas sim o ser humano, no intento de lhe propiciar o bem-estar e minimizar seu sofrimento. Os direitos humanos perdem, completamente, o seu sentido de existir, se o ser humano for retirado do centro do

[25] AFONSO, Henrique. **Projeto de Lei 1057/2007**. Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais. p. 3. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/ proposições>. Acesso em: 12 set. 2017.

> discurso e da práxis. Portanto, a tolerância (no sentido de aceitação, reconhecimento da legitimidade) em relação à diversidade cultural deve ser norteada pelo respeito aos direitos humanos.

Os elaboradores e defensores do Projeto de Lei "partiram primariamente da absolutização do direito fundamental individual à vida, nos termos da moral cristã ocidental".[26] Subsidiariamente, também contribuiu para a proposição do Projeto o "direito fundamental da mãe à maternidade".[27] Essa atitude unilateral pela imposição dos direitos individuais em detrimento da "autonomia cultural das comunidades não pareceu adequada para os que se manifestaram em torno do problema em uma perspectiva antropológica mais abrangente".[28]

A criminalização das práticas culturais indígenas, em nome da defesa do direito à vida, pode ser vista, outrossim, conforme elucida Neves,[29] "como um verdadeiro genocídio cultural, a destruição da própria comunidade, destruindo suas crenças mais profundas". Ademais, há quem defenda que a proposta é inconstitucional, pois nega a identidade cultural aos povos indígenas, conforme artigo 215, [30] § 1º da Constituição Federal:

> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.
> § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

---

[26] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 224.

[27] Ibid., p. 224.

[28] Ibid., p. 224.

[29] Ibid., p. 224.

[30] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao. htm>. Acesso em: 14 jun. 2017.

Com intensa participação nas audiências públicas na Câmara dos Deputados, as ponderações da antropóloga Segato "contribuíram positivamente para o esclarecimento dessa colisão de ordens jurídicas, apontando para a necessidade de um diálogo entre ordens normativas",[31] em termos que se enquadram na metodologia construtiva do transconstitucionalismo. No contexto dos debates, Segato[32] reconheceu que tinha "a ingrata tarefa de argumentar contra essa lei, mas, ao mesmo tempo, fazer uma aposta forte na transformação do costume".

No âmbito de sua argumentação, Segato invocou pesquisa empírica sobre os Suruwaha, na qual se verificou que, "em um grupo de 143 pessoas na qual, entre 2003 e 2005",[33] houve dezesseis nascimentos, vinte e três suicídios, dois homicídios de recém-nascidos (denominados pelos antropólogos "infanticídio", sem o sentido técnico-jurídico do tipo penal) e uma morte por doença. Ou seja, "enquanto 7,6% das mortes ocorreram por 'infanticídio', houve 57,6% mortes por suicídio",[34] entre os Suruwaha.

Tal situação aponta uma concepção da vida e morte bem diferente dos entendimentos cristãos ocidentais. Entre essa "comunidade indígena, a vida só tem sentido se não for marcada por excessivo sofrimento para o indivíduo e a comunidade, se for uma vida tranquila e amena".[35] Assim se justificaria "o homicídio de recém-nascidos em determinados casos".[36]

---

[31] NEVES, op. cit., p. 224.

[32] SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, DF, v. 01, n. 01, p. 68, 2014. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4113557/mod_resource/content/1/19-85-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

[33] SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, DF, v. 01, n. 01, p. 73-74, 2014. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4113557/mod_resource/content/1/19-85-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

[34] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 225.

[35] Ibid., p. 225.

[36] SEGATO, op. cit., p. 78.

O significado atribuído à vida e à morte pelos Suruwaha não seria menos digno do que os entendimentos atribuídos pelo cristianismo, "também constatamos que se trata de uma visão complexa, sofisticada e de grande dignidade filosófica".[37] O argumento é fortificado com a referência à pratica Yanomani[38], na qual a "mulher tem direito absoluto sobre a vida dos seus recém-nascidos". [39]

Essa percepção bem diversa de vida humana "importa realmente um delicado problema, que, também me parece, é incompatível com uma mera imposição de concepções externas sobre a vida e a morte",[40] mediante aquilo que Neves[41] chama paradoxalmente de "imperialismo dos direitos humanos". Esse pensamento é extremamente importante não apenas do ponto de vista antropológico ou jurídico, mas também na perspectiva de um direito constitucional aberto ao transconstitucionalismo.

Nesse contexto, impõe-se considerar a "colisão entre duas perspectivas diversas dos direitos, procurando não 'fazer injustiça' mediante a imposição de uma, a da ordem dos mais fortes, à da outra dos mais fracos".[42] De um lado se encontra o direito à autonomia

---

[37] Ibid., p. 74.

[38] As mulheres Yanomami "têm poder total de decisão a respeito da vida dos seus recém-nascidos. O parto acontece no mato, fora da aldeia. Nesse ambiente retirado, fora do contexto da vida social, a mãe tem duas opções: se não encosta no bebê nem o levanta em seus braços e o deixa na terra onde caiu, significa que ele não foi acolhido no mundo da cultura e das relações sociais e, portanto, não se tornará humano, pois, na perspectiva nativa, o atributo da humanidade é uma construção coletiva, sem a qual nenhum organismo se torna humano. Humanidade, aí, não é outra coisa que o resultado de um trabalho de humanização por parte da coletividade. Dessa forma, na perspectiva nativa, não se pode dizer que tenha ocorrido um homicídio, pois isso que permaneceu na terra não constituía uma vida humana. Assim, entre os Yanomami, o nascimento biológico não é a entrada na humanidade, pois, para que o último ocorra, deverá haver um "nascimento pós-parto", isto é, produzido na cultura e dentro do tecido social". (Ibid., p. 76). Tal concepção se encontra presente entre muitos outros povos nativos do Brasil.

[39] NEVES, op. cit., p. 225.

[40] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 225.

[41] NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 4, p. 23, out./dez. 2005. Disponível em: <http//www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20 out. 2017.

[42] NEVES, op. cit., p. 226.

coletiva, de outro o direito à autonomia individual. Simplesmente "submeter aquele, considerado expressão de uma forma ética de vida, a esta, considerado expressão de uma moral universal que se apresenta como base dos direitos humanos",[43] não parece a solução adequada em uma metodologia transconstitucional.

Ao contrário, nessas circunstâncias de colisão radical entre ordem jurídica estatal e as ordens normativas indígenas, tem-se de "considerar e ponderar entre o direito à vida[44] do sujeito individual e o direito à vida do sujeito coletivo, assim como também o direito à vida da mãe e o direito à vida do recém-nascido".[45] No caso, a criminalização das práticas de homicídio de recém-nascidos praticadas nas comunidades indígenas, proposta no Projeto de Lei da Câmara nº 119, de 2015, poderia ser "etnocida, ao eliminar valores culturais indispensáveis à vida biológica e cultural de um povo".[46] Assim sendo, uma tal solução legal teria sérias implicações com a ordem constitucional do Estado brasileiro[47], sendo necessário, nessas circunstâncias, a busca por outros caminhos.

---

[43] Ibid., p. 226.

[44] Segato se refere ao significado da expressão "direito à vida" nesse contexto: "essa expressão pode indicar dois tipos diferentes de direito à vida: o direito individual à vida, isto é, a proteção do sujeito individual de direitos, e o direito à vida dos sujeitos coletivos, isto é, o direito à proteção da vida dos povos em sua condição de povos. Precisamente porque esse último se encontra muito menos elaborado no discurso jurídico brasileiro e nas políticas públicas, é a ele que deveríamos dedicar a maior parte de nossos esforços de reflexão e tentar imaginar como brindar uma maior proteção legislativa, jurídica e governamental aos sujeitos coletivos de direitos – os mais desprotegidos –, como promover sua vida e fortalecer seu tecido social comunitário e coletivo". SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, DF, v. 01, n. 01, p. 82, 2014. Disponível em: <https:// edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4113557/mod_resource/ content/1/ 19-85-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

[45] Ibid., p. 78.

[46] Ibid., p. 77.

[47] Especialmente em face do disposto no art. 231, *caput,* da Constituição Federal: "São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo a União demarca-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens". BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituicao.htm>. Acesso em: 14 jun. 2017.

A proposta que se apresenta mais adequada ao transconstitucionalismo reside em garantir a "jurisdição ou foro étnico, para que cada comunidade indígena resolva seus conflitos e elabore seu dissenso interno por um caminho próprio".[48] Isso não implica, conforme leciona Rawls,[49] "simplesmente tolerância do mais poderoso, tampouco tolerância perante o intolerante", antes se trata de "capacidade de admitir a autonomia do outro, isto é, da esfera de comunicação, do jogo de linguagem ou da forma de vida diferente do nativo",[50] não submetida aos moldes do constitucionalismo estatal.

Tampouco cabe falar de sociedades "decentes" ou "indecentes", ou seja, dignas ou indignas do diálogo com as outras sociedades membras ditas "liberais" de um Estado democrático constitucional, como se não estivéssemos na "mesma sociedade mundial, com colisões e conflitos entre domínios de comunicação e jogos de linguagem".[51]

Cabe ponderar que, na perspectiva antropológica e transconstitucional, diante dos dissensos e conflitos no interior das comunidades nativas, especialmente em torno da prática do homicídio de recém-nascidos, o papel do Estado[52] terá de ser o de estar "disponível para supervisionar, mediar e interceder com o fim único de garantir que o processo interno de deliberação possa

---

[48] SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, DF, v. 01, n. 01, p. 85, 2014. Disponível em: <https:// edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4113557/mod_resource/ content/1/19-85-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

[49] RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 235.

[50] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 227.

[51] Ibid., p. 227.

[52] A respeito acrescenta Segato: "Tampouco se trata de solicitar a retirada do Estado porque, como atestam as múltiplas demandas por políticas públicas colocadas pelos povos indígenas a partir da Constituição de 1988, depois da intensa e perniciosa desordem instalada pelo contato, o Estado já não pode, simplesmente, se ausentar. Deve permanecer disponível para oferecer garantias e proteção quando convocado por membros das comunidades, sempre que essa intervenção ocorra em diálogo entre os representantes do Estado e os representantes da comunidade em questão. Seu papel, nesse caso, não poderá ser outro que o de promover e facilitar o diálogo entre os poderes da aldeia e seus membros mais frágeis". SEGATO, op. cit., p. 85.

ocorrer livremente, sem abusos por parte dos mais poderosos no interior da sociedade".[53]

A esse respeito, o transconstitucionalismo se apresenta como limitador jurídico de poder abusivo dentro da comunidade. Isso porque, caso haja "manipulação das decisões comunitárias pelos mais poderosos, sem legitimidade na ordem normativa, desaparece a autonomia étnica de que se parte para o diálogo constitucional".[54] Portanto, "nenhuma forma de apresentação de autonomia de esferas sociais, inclusive das construídas por comunidades indígenas não diferenciadas funcionalmente, tem um caráter absoluto",[55] sendo todas relativas no âmbito da sociedade contemporânea.

Esse difícil conflito não se restringe ao dilema entre relativismo ético (das culturas particulares) e universalismo moral (dos direitos humanos), antes aponta para o "convívio de ordens jurídicas que partem de experiências históricas diversas, exigindo especialmente por parte do Estado constitucional uma postura de moderação relativamente à sua pretensão de concretizar suas normas específicas",[56] quando essas entrem em choque com normas de comunidades indígenas fundadas em bases culturais fundamentalmente diferentes.

A discrição e o comedimento, nesse caso, "parecem ser a via que pode levar a conversações construtivas que estimulem autotransformações internas das comunidades indígenas para uma relação menos conflituosa com a ordem estatal".[57] A tentativa de buscar "modelos internos de otimização, nos termos da teoria dos princípios, pode ser desastrosa nessas circunstâncias".[58] Em relação ao "outro", à ordem diversa dos indígenas, cabe antes uma postura

---

[53] SEGATO, op. cit., p. 85.

[54] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 228.

[55] Ibid., p. 227.

[56] Ibid., p. 228.

[57] Ibid., p. 228.

[58] Ibid., p. 228.

do transconstitucionalismo de autocontenção dos direitos fundamentais, cuja "otimização possa levar à desintegração de formas de vida, com consequências destrutivas para os corpos e mentes dos membros das respectivas comunidades".[59]

Assim, tem-se que as ordens normativas de comunidades indígenas não entram em relações transconstitucionais apenas com as ordens estatais. Como se pode verificar com base na Convenção n.º 169 da OIT, as ordens locais nativas e tribais estão envolvidas em entrelaçamentos transconstitucionais com vários tipos de ordens normativas no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos.

4.2 Transconstitucionalismo entre Cortes Constitucionais e o Supremo Tribunal Federal

Entre cortes constitucionais de diversos Estados vem se desenvolvendo, de maneira frequente, um diálogo constitucional mediante referências recíprocas a decisões de tribunais de outros Estados. Além do fato de que as "ideias constitucionais migram mediante legislação e doutrina de uma ordem jurídica para outra, há um entrecruzamento de problemas",[60] no qual, exigem uma "conversação" constitucional no nível jurisdicional, por meio do desenvolvimento de tribunais constitucionais ou cortes supremas.

Não se trata de "constatar que as decisões tomadas no âmbito de uma ordem estatal influenciam outras ordens estatais, têm efeitos sobre os cidadãos de outros Estados".[61] Tampouco a questão "se refere simplesmente a um transjudicialismo",[62] como forma de trocas recíprocas entre decisões de tribunais de diversos Estados.

---

[59] Ibid., p. 229.

[60] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 166.

[61] Ibid., 167.

[62] Neves esclarece que nesse caso, o "transjudicialismo" implica "uma releitura dos autofundamentos constitucionais da própria ordem que se toma como ponto de partida, transformando-se em transconstitucionalismo". Ibid., p. 168. SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order**. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 175.

Mais do que isso, o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas importa que, "em casos tipicamente constitucionais, as decisões de cortes constitucionais de outros Estados são invocadas em decisões de tribunal constitucional de um determinado Estado"[63] não só como obtenção de formas de discussão, mas como elementos construtores das decisões.

A harmonização dos tribunais - mesmo que expressada de modo invisível - é considerada um modelo eficaz, em razão da troca de informações mútuas e de reuniões comuns para análise de graus de convergência ou divergência de uma jurisprudência para com a outra.[64]

Embora se possa afirmar, segundo Ackerman, em relação ao constitucionalismo dos Estados Unidos da América que "a prática e a teoria americanas têm-se movido na direção de um enfático provincialismo",[65] assim como sustenta que a Suprema Corte americana tem sido "paroquial em sua rejeição de lançar um olhar sobre o direito estrangeiro",[66] observa-se o desenvolvimento de "um amplo debate sobre a oportunidade da invocação da jurisprudência estrangeira em decisões da Corte".[67]

O momento de transição para o desenvolvimento transconstitucional na experiência da Suprema Corte americana ocorre na decisão do caso *Lawrence v. Texas*, julgado em 26 de março de 2003. Com efeito de tal discussão, dá-se o início de que, mesmo no âmbito de "uma tradição constitucional de autossuficiência, o recurso ao diálogo constitucional com outras cortes internacionais no âmbito de questões constitucionais

---

[63] NEVES, op. cit., p. 167.

[64] DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum.** Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

[65] ACKERMAN, Bruce. A ascensão do constitucionalismo mundial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **A constitucionalização do direito**: Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 91.

[66] SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order**. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 75.

[67] Ibid., p. 75.

internas",[68] de sorte que tal discussão passou a ser entrelaçada na nova agenda do constitucionalismo americano.

No ano de 1997, no julgamento do caso *Printz v. United States*, o *Justice* Stephen Breyer sustentou que a experiência das cortes e dos sistemas jurídicos estrangeiros pode "lançar uma luz empírica nas consequências de diferentes soluções para um problema jurídico comum".[69] Dois anos após, novamente o *Justice* Breyer no caso *Knight v. Florida* "embora não tenha admitido o caráter vinculante do direito estrangeiro, citou várias cortes no julgamento de dois prisioneiros que estavam no corredor da morte por mais de vinte anos".[70] Por sua vez, a *Justice* Ruth Bader Ginsburg afirmou durante uma palestra que havia "certa tendência de considerar as decisões estrangeiras como *ratio decidendi*, mas ressentia a disposição da Suprema Corte dos Estados Unidos para o intercâmbio constitucional".[71]

Essa postura dos Estados Unidos "encontra um contraponto nas atitudes amplamente orientadas para o direito constitucional estrangeiro[72] por parte da Suprema Corte do Canadá e da Corte Constitucional da África do Sul".[73] A Corte Constitucional Sul africana em relação ao caso *State v. Makwanyane* fez referência às decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Suprema Corte dos Estados Unidos, Suprema Corte do Canadá, Tribunal Constitucional alemão, Suprema Corte indiana, Tribunal Constitucional húngaro e do Tribunal de Apelação da Tanzânia, assim como levou em consideração julgamentos de duas cortes de Estados-membros dos Estados Unidos (Corte da Califórnia e de

---

[68] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 144.

[69] Ibid., p. 168.

[70] Ibid., p. 168-169.

[71] Ibid., p. 169.

[72] Há outras experiências relevantes em diversos países. Cumpre citar os Tribunais Supremos da Índia, Zimbábue, Israel, Nova Zelândia e Irlanda, que "também têm desenvolvido práticas jurisprudenciais em que não só o direito estrangeiro, mas também os precedentes de tribunais de outros países têm sido invocados regularmente com força de convencimento". SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order**. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 71.

[73] NEVES, op. cit., p. 170.

Massachussetts). Agiu, portanto, "de forma aberta para outras ordens jurídicas e cortes constitucionais, devendo ser considerada um modelo do transconstitucionalismo".[74]

No entanto, a conversação constitucional não se limita, de forma abrangente, à África do Sul, "pois entre os anos de 1950 e 2004, 3.629 julgamentos proferidos pela Suprema da Corte da Índia foram baseados em direito estrangeiro, perfazendo 24,6% do total de suas decisões".[75] Também Cortes de "outros países como Zimbábue, Israel, Nova Zelândia e Irlanda não utilizam somente o direito estrangeiro, mas também precedentes de tribunais de outros países com força de convencimento".[76]

Na experiência desses tribunais, destaca-se o fato de que a "jurisprudência da corte constitucional ou tribunal supremo estrangeiro não só entra como elemento do *obter dictum*, mas também importa força persuasiva para a formação da *ratio decidendi*".[77] Ressalta Neves[78] que

> [...] trata-se de Estados com características as mais diversas. Portanto, embora se possa admitir que, em Estados plurinacionais, com uma história de ocupação, colonialismo e/ou influência de outros, assim como em crescente interconexão com outros países, a fronteira entre 'estrangeiro e doméstico', para conceitos considerados intangíveis como 'princípios jurídicos', sempre foi e está se tornando mais imprecisa, não se deve confundir o transconstitucionalismo com o simples 'transplante' de instituições jurídicas, nem vinculá-los a Estados mais fracos na constelação internacional.

Assim, por exemplo, tribunais supremos ou cortes constitucionais de países da Europa ocidental, "com sólida tradição jurídica e influência na sociedade mundial, não se têm furtado a

---

[74] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 172.

[75] Ibid., p. 172.

[76] Ibid., p. 172.

[77] Ibid., p. 170.

[78] Ibid., p. 173.

invocar precedentes de outros Estados em suas decisões".[79] Entre os Estados europeus, a troca entre decisões judiciais tem sido frequente. Nesse sentido a relação entre cortes suíças, alemãs e austríacas, se desenvolve inclusive em diálogos triangulares sobre precedentes. Nessa conversação transconstitucional estão envolvidos os judiciários da Itália, França e do Reino Unido, Suécia, Dinamarca, Noruega, Hungria, Finlândia, entre outros.

É verdade que tal postura é facilitada pela proximidade territorial e por uma "certa base conceitual comum na semântica jurídica, que possibilitam o entrelaçamento de casos relevantes para mais de uma ordem jurídica".[80] Sob esse olhar, o Tribunal Federal Suíço, tem sido considerado um modelo de abertura no que tange ao diálogo constitucional, observando uma sólida disposição para uma conversação transconstitucional em face dos problemas jurídico-constitucionais entrelaçados com ordens jurídicas de países vizinhos, bem como em uma perspectiva global.

A experiência alemã é importantíssima no que concerne ao transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais, "precisamente porque, apesar de uma tradição jurídica muito arraigada, não são raras as referências dos seus tribunais ao direito de outros Estados".[81] Nesse particular, salienta-se a "prática do Tribunal de Justiça Federal da Alemanha – análogo, na estrutura constitucional alemã, ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro, apesar de ter um âmbito de competências mais abrangente do que esse",[82] o qual tem invocado, decisões de cortes estrangeiras, principalmente envolvendo os casos de direito econômico.

Há uma tradição[83] na América Latina de referências a dispositivos, jurisprudências e doutrinas constitucionais

---

[79] Ibid., p. 173.

[80] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 178.

[81] Ibid., p. 175.

[82] Ibid., p. 175.

[83] Neves aclara que "historicamente, as referências aos textos, doutrinas e jurisprudência constitucional estrangeira, em grande parte, têm sido expressão de 'bacharelismo', tendo se

estrangeiras. Embora a influência dos Estados Unidos, especialmente em "virtude da forte influência do modelo constitucional desse país na origem do constitucionalismo latino-americano, tenha sido por muito tempo dominante".[84] No mesmo sentido, o direito constitucional dos "países europeus e a respectiva jurisprudência passaram a ser invocados crescentemente, cabendo destacar a influência recente do constitucionalismo alemão".[85]

Na experiência brasileira, o transconstitucionalismo vem se desenvolvendo no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Notadamente em decisões de "grande relevância em matéria de direitos fundamentais, a invocação da jurisprudência constitucional estrangeira não se apresenta apenas nos votos singulares dos ministros, mas se expressa nas ementas de acórdãos"[86] como parte da *ratio decidendi*.

Veja-se que o Brasil congrega o grupo de países (BRICS) que estão ligados a diversos níveis de cooperação, do qual fazem parte Rússia, Índia, China e África do Sul, apresentando atuação conjunta no nível jurídico-constitucional. Entre os principais objetivos afirmados, via-se a importância de troca efetiva de informações e experiências para aperfeiçoamento dos sistemas jurídicos dos países envolvidos, criando-se um banco de jurisprudência selecionada dos BRICS.

Nesse banco, ao buscar-se jurisprudências, "tem-se a possibilidade de consultar decisões do Tribunal e apontamentos da doutrina especializada sobre questões constitucionais atuais e de interesse no cenário internacional".[87] Ainda, "há links a bases de

---

apresentado nos votos 'retóricos' dos magistrados como prova de erudição, sem nenhum vínculo de relevância argumentativa com o caso *sub judice*. Não obstante, observa-se, particularmente na jurisprudência recente, a tendência de inclusão de referência a textos constitucionais e precedentes jurisdicionais de Estados estrangeiros como parte não só do *obter dictum*, mas também da *ratio decidendi*". Ibid., p. 178-179.

[84] Ibid., p. 178.

[85] Ibid., p. 178.

[86] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 179.

[87] SILVEIRA, Ramaís de Castro; BAGGIO, Roberta Camineiro. O STF e as Bases Materiais para a Hermenêutica Transconstitucional. **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**, Brasília,

jurisprudência já referidas, como o Repositório de Jurisprudência Constitucional da CPLP e a jurisprudência selecionada dos BRICS".[88] Destaca-se, contudo, o texto de abertura do link para a base de dados dos CODICES da Comissão de Veneza:

> [...] eles facilitam assim enormemente o trabalho comparativo dos operadores e lhes permite inspirar-se em soluções já utilizadas no estrangeiro, sobretudo em matéria de direitos fundamentais. As divergências jurisprudenciais entre Cortes constitucionais se devem cada vez mais a uma diferença de abordagem voluntária e não acidental. **Assim, a circulação de informação é um potente motor do transconstitucionalismo**, que permite às diversas cortes de se inspirarem na prática constitucional de seus pares. (grifo nosso). [89]

A respeito do tema, conclui-se que o transconstitucionalismo "está sendo incorporado institucionalmente pelo Supremo Tribunal Federal ao tratar da viabilização das trocas de experiências de resolução de problemas constitucionais concretos".[90] No Brasil, um julgamento considerado histórico foi do *Habeas Corpus* n.º 82.424/RS, em 17 de novembro de 2003, o pleno do STF, por caracterizar como crime de racismo a publicação de livro com conteúdo antissemítico (negação da existência do holocausto) e, portanto, "sustentar a sua imprescritibilidade, indeferiu, por maioria, o pedido, no âmbito de uma discussão em que a invocação da jurisprudência constitucional estrangeira foi fundamental".[91] Essa situação repercutiu na ementa do acordão, o seguinte entendimento:

DF, v. 2, n. 1, p. 29, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/Hermeneutica Juridica/ article/view/888>. Acesso em: 12 fev. 2017.

[88] Ibid., p. 29.

[89] COMISSÃO DE VENEZA. **Codices**. Estrasburgo, 2017. Disponível em: <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>. Acesso em: 13 nov. 2017.

[90] SILVEIRA; BAGGIO, op. cit., p. 29.

[91] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 179.

> 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista;
> [...]
> 6. **Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais**, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade um povo sobre o outro, de que são exemplos a xenofobia, 'negrofobia', 'islamafobia' e o anti-semitismo;
> [...]
> 9. **Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagram entendimento [de] que [se] aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo**. (grifo nosso).[92]

Tal orientação doutrinária dos precedentes jurisprudenciais estrangeiros[93] vem se desenvolvendo gradativamente, com

---

[92] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 82.424**. Rio Grande do Sul. Pacientes: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker e outra. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms>. Acesso em: 12 nov. 2017.

[93] Neves indica que se tenha "cuidado para que a invocação frequente da jurisprudência americana e alemã e de outras ordens jurídicas não constitua mais um episódio histórico de 'colonialismo' no campo da cultura jurídica. Passaríamos, então, da 'importação' acríticas de modelos legislativos e doutrinários para uma incorporação inadequada de precedentes jurisprudenciais. O que mudaria seria apenas o acesso mais fácil à jurisprudência estrangeira. Fundamental é, portanto, que sejam 'feitas as devidas adaptações', para que não caiamos no velho rótulo das 'ideias fora de lugar', ou seja, da jurisprudência e da doutrina constitucional deslocadas do seu contexto jurídico e social. Nesse caso, constrói-se o paradoxo de um diálogo em que só conta *alter*, mas falta *ego* enquanto polo da dupla contingência na comunicação. E daí pode decorrer um tipo de jurisprudência e doutrina simbólica, cujo significado normativo é muito limitado". NEVES, op. cit., p. 182-183.

repercussão na própria doutrina. Veja-se, por exemplo, ao encarar os conflitos de discriminação da população LGBT e da união estável entre pessoas do mesmo sexo, Sarmento refere o transconstitucionalismo jurisprudencial brasileiro "recorrendo às decisões de cortes estrangeiras, mas particularmente aos precedentes norte-americanos".[94] Pode-se afirmar que, "enquanto no STF o transconstitucionalismo pende para um diálogo com o constitucionalismo alemão",[95] no plano da dogmática constitucional recente há "um equilíbrio entre uma conversação com o constitucionalismo americano e o alemão, cujas influências são dominantes na experiência brasileira".[96]

Um caso recente no judiciário brasileiro que merece destaque é a decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal afastando a prisão preventiva de acusados denunciados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pelo suposto crime de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha (artigos 126 e 288 do Código Penal). A decisão foi tomada no julgamento do *Habeas Corpus* 124.306 de 29 de novembro de 2016, de acordo com o julgado do Ministro Luís Roberto Barroso, que alcançou a maioria, entendendo que o aborto não poderia ser criminalizado nos primeiros 3 meses de gestação. Além de não estarem presentes no caso os requisitos[97] que autorizam a prisão

---

[94] SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 627.

[95] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 182.

[96] Ibid., p. 182.

[97] Para o Ministro Barroso: "4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria; 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos". BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

cautelar, a criminalização do aborto é incompatível com diversos direitos fundamentais, tais como os direitos sexuais e reprodutivos e a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e o princípio da igualdade.

Para resolução do caso concreto, o Ministro Barroso levou em conta que praticamente nenhum país democrático "trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália".[98] Em suma, julgou com o embasamento de que a "criminalização da interrupção da gestação no primeiro trimestre vulnera o núcleo essencial de um conjunto de direitos fundamentais da mulher".[99]

Trata-se de restrição que ultrapassa os limites constitucionalmente aceitáveis. Além, o Ministro adotou a teoria estabelecendo uma conversação transconstitucional, em especial, o diálogo com o Tribunal Federal Alemão e a Suprema Corte dos Estados Unidos para demostrar que, "na linha argumentativa, a criminalização não é compatível com a Constituição".[100] Assim, para a tomada de decisão do *Habeas Corpus* 124.306, espelhou-se no caso *Roe v. Wade*[101], julgado pela Suprema Corte americana, que declarou

---

Habeas corpus n.º 124.306 Rio de Janeiro. Pacientes: Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Impetrante: Jair Leite Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Voto-vista: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016. p. 1-2. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/ anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

[98] Ibid., p. 2.

[99] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n.º 124.306 Rio de Janeiro**. Pacientes: Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Impetrante: Jair Leite Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Voto-vista: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016. p. 11-12. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/ noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

[100] Ibid., p. 12.

[101] O caso Jane Roe v. Henry Wade, é um caso judicial onde a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu, salvo em algumas circunstâncias muito especificas, o direito das mulheres em optar pelo aborto. Henry Wade, fiscal do condado de Dallas no Texas, teve seu nome relacionado a diversos processos por ser contra o direito do aborto. Jane Roe, relatou que em 1969, aos 25 anos foi vítima de uma violação coletiva, resultando em uma gravidez indesejada. No Texas, onde ela vivia, o aborto era ilegal e dessa foram não conseguiu interromper sua gravidez, após esse episódio tornou-se disposta a

o interesse do Estado na proteção da vida pré-natal não supera o direito fundamental da mulher realizar um aborto.

Esse é um caso de grande relevância em matéria de direitos humanos e fundamentais, julgado em 22 de janeiro de 1973, no qual a Suprema Corte ditou sua resolução no caso *Roe v. Wade*, dando a conhecer que a "Constitución de Los Estados Unidos protege el derecho de uma mujer a decidir que se interrumpa su embarazo".[102] A principal consequência da resolução no caso *Roe,* além da declaração de um princípio sobre a qual se podia sustentar os regulamentos governamentais quase inexistentes sobre o aborto, foi de impulsionar um movimento de direito para a vida.

O voto do Barroso é análogo à decisão da Corte Suprema de Justiça do Canadá que "declarou a inconstitucionalidade de artigo do Código Penal que criminalizava o aborto no país, por violação à

---

desafiar a proibição do texano para o bem de outras mulheres. Jane Roe preservou sua identidade para prosseguir com a impugnação legal, seu verdadeiro nome, Norma McCorvey, foi divulgado após a resolução da Suprema Corte no caso Roe v. Wade. Uma década depois que a Corte descriminalizou do aborto, "Jane Roe" revelou que não havia sido violada, gerando uma grande inquietação social. Tribe explica que "para avanzar más allá del choque de absolutos, debemos ver la realidade que 'Roe' y 'Wade' representam. Dar voz a la realidade humana em cada uno de los extremos de la palavra versus centrar la atención a la vez em la mujer y em el feto, podría ser la única manera de evitar la lucha sin solución que enfrenta despiadadamente a las mujeres com sus hijos no nacidos, y nos deja a todos como perdedores empobrecidos". (TRIBE, Laurence H. **El aborto**: guerra de absolutos. Pról. José Ramón Cossío Díaz, Luz Helena Orozco e Villa Luisa Conesa Labastida. Trad. Dubravka Suznjevic. México: FCE INACIPE, 2012. p. 112). Para a maioria do povo americano, "los anõs posteriores a la resolución del caso Roe y a legalización del aborto en los Estados Unidos no fueron una época para enfrentar con cautela o discutir de manera desapasionada las numerosas cuestiones morales y legales, sutiles y complejas, que presenta la interrupcións del embarazo como un problema público. Para los que supusieron que iba a quedarse como un derecho legal declarado judicialmente por tiempo indefinido, y para quienes eso era inobjetable, no hubo necesidad de considerar el tema del adecuado trato gubernamental al aborto. Cuando, en 1973, la situación jurídica de la interrupción del embarazo fue arrebatada der terreno de duelo político por la resolución de la Suprema Corte en el caso Roe, la escena pública fue dejada, en grande parte, a quienes tenían la plena convicción de que el aborto estaba completamente mal, de que era inmoral permitirle a cada mujer elegir por sí miesma y de que, por consiguiente, había que cambiar la ley para que el aborto fuera penalizado de nueno". (Ibid., p. 112). Em síntese, no dia 22 de janeiro de 1973, a Suprema Corte dos Estados Unidos ditou suas resoluções no caso Roe v. Wade, reconhecendo que a Constituição protegeria o direito das mulheres a decidir sobre a interrupção da gravidez.

[102] TRIBE, Laurence H. **El aborto**: guerra de absolutos. Pról. José Ramón Cossío Díaz, Luz Helena Orozco e Villa Luisa Conesa Labastida. Trad. Dubravka Suznjevic. México: FCE INACIPE, 2012. p. 116.

proporcionalidade".[103] Barroso esclarece que de acordo com a Corte canadense, ao impedir que a "mulher tome a decisão de interromper a gravidez em todas as suas etapas, o Legislativo teria falhado em estabelecer um *standard* capaz de equilibrar, de forma justa, os interesses do feto e os direitos da mulher".[104] Por isso,

> [...] para que não se confira uma proteção insuficiente nem aos direitos das mulheres, nem à vida do nascituro, é possível reconhecer a constitucionalidade da tipificação penal da cessação da gravidez que ocorre quando o feto já esteja mais desenvolvido. De acordo com o regime adotado em diversos países (como Alemanha, Bélgica, França, Uruguai e Cidade do México), a interrupção voluntária da gestação não deve ser criminalizada, pelo menos, durante o primeiro trimestre da gestação. Durante esse período, o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno. Por tudo isso, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição ao arts. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.[105]

Nesse sentido, parece demostrado que o Brasil conta atualmente com importantes mecanismos institucionais disponibilizados pelo Supremo Tribunal Federal, para tanto a "divulgação de nossa cultura de julgados constitucionais, quanto para absorver, de todos os quadrantes do mundo, soluções jurídicas para problemas de direitos humanos e liberdades individuais"[106] conforme já vêm sendo resolvidos por outros Estados.

---

[103] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n.º 124.306 Rio de Janeiro**. Pacientes: Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Impetrante: Jair Leite Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Voto-vista: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016. p. 16. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia NoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

[104] Ibid., p. 16.

[105] Ibid., p. 17.

[106] SILVEIRA, Ramaís de Castro; BAGGIO, Roberta Camineiro. O STF e as Bases Materiais para a Hermenêutica Transconstitucional. **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**, Brasília,

Dessa forma, como no caso do *Habeas Corpus* 124.306, precisa-se ir além do "mero uso reforçativo de jurisprudências internacionais em decisões pré-concebidas e viabilizar efetivas correntes de diálogo"[107] transconstitucional, ensejando pontes de transição ou linhas de racionalidade transversal capazes de aportar um ambiente de conversação constitucional efetiva.

No plano transconstitucional, não há apenas "referências ou invocação de precedentes jurídico-constitucionais de outras ordens jurídicas, mas também a avaliação da prática dos juízes e tribunais de outros países".[108] Sempre que um país não se dispõe ao transconstitucionalismo, "precisamente porque não adota instituições constitucionais no sentido moderno, antes se rejeita radicalmente, há uma dificuldade quase insuperável para a conversação transconstitucional".[109]

A simples censura e restrição de cortes de um país em relação a "tribunais de outros Estados não contribui para a transformação desse estado de coisas".[110] Antes, deve-se procurar a promoção de integração dos tribunais de países avessos ao constitucionalismo, mesmo sendo agentes passivos inicialmente. Nesse particular, "os encontros face a face entre magistrados são fundamentais para desenvolvimentos positivos".[111]

Não se pode, entretanto, negar um pressuposto básico para o êxito da metodologia transconstitucional: "a diferença entre ordens constitucionais, com seus respectivos particularismos, tanto no que concerne aos conteúdos normativos quando no que se refere aos procedimentos".[112]

DF, v. 2, n. 1, p. 34, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/Hermeneutica Juridica/article/view/888>. Acesso em: 12 fev. 2017.

[107] Ibid., p. 34.

[108] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 183.

[109] Ibid., p. 184.

[110] Ibid., p. 184.

[111] SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order**. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 96.

[112] NEVES, op. cit., p. 184.

Assim, as "variações procedimentais de vários tipos, como as diferenças nos meios de prova, a presença ou ausência de honorários condicionais, diferenças no papel do juiz",[113] são partes da variação normal nos sistemas jurídicos, "que os litigantes devem esperar quando eles se aventuram atravessando fronteiras".[114]

Dita orientação vale também para os magistrados enfrentados com juízes de outras ordens estatais: "eles devem estar prontos para se surpreenderem com a diversidade e, se for o caso, abrirem-se para um aprendizado e um intercâmbio",[115] pois do contrário, prevalecerá uma presunção da "diferença, uma abstrata insistência em 'separados, mas iguais', assentada em noções formais de soberania, do que resulta que apenas grandes diferenças importam".[116] Essa postura leva a suspeitas recíprocas e a uma incapacidade para o diálogo transconstitucional.

O autismo constitucional aponta "para a negação do outro, uma rejeição da dupla contingência na relação de tribunais como polos institucionais estruturados organizacionalmente".[117] Slaughter leciona que inversamente, quando "as cortes partem de uma presunção de identidade, elas se examinam reciprocamente de acordo com os mesmos critérios que elas aplicariam para outros tribunais domésticos nas mesmas circunstâncias",[118] 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[119] a partir das diferentes ordens jurídicas e respectivas cortes.

---

[113] SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order**. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 94.

[114] Ibid., p. 94.

[115] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 185.

[116] SLAUGHTER, op. cit., p. 94.

[117] NEVES, op. cit., p. 185.

[118] SLAUGHTER, op. cit., p. 94.

[119] NEVES, op. cit., p. 185.

O desenvolvimento de um diálogo transconstitucional entre ordens jurídicas estatais também "depende da emergência da *comitas* judicial e de negociação judicial".[120] Como já afirmado acima, a primeira pode fornecer "a estrutura e as regras básicas para um diálogo global entre juízes no contexto de casos específicos".[121] Evidentemente, há uma certa "dificuldade para o funcionamento da '*comitas* judicial', tendo em vista, entre outros aspectos, a competição e os mal-entendidos entre os juízes".[122] Em referência aos magistrados americanos, Slaughter[123] afirma que "a disposição de enfrentar conflitos reflete a certeza de que as interações estão em curso". Já a negociação judicial[124] se torna mais limitada e se refere nos casos de falências globais.

Por fim, cabe observar que o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais "constitui o sintoma mais marcante de que não se deve confundir o transconstitucionalismo com uma ordem jurídica global abarcante e supraordenada".[125] A esse respeito, Slaughter[126] ressalta:

> Um diálogo entre órgãos judicantes da comunidade mundial não seria composto de cortes dos Estados Unidos, da França, Alemanha e Japão, nem de tribunais internacionais, mas simplesmente de entidades judicantes comprometidas em resolver litígios, interpretando e aplicando o direito da melhor maneira que elas

---

[120] SLAUGHTER, op. cit., p. 86.

[121] Ibid., p. 87.

[122] NEVES, op. cit., p. 186.

[123] SLAUGHTER, op. cit., p. 90.

[124] Slaughter esclarece que "nessas situações surgem acordos de corte a corte, sem a intermediação de tratados internacionais". (SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order**. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 94). Neves apresenta o exemplo nas "hipóteses de catástrofes ambientais, criminalidade transnacional etc., caberia abrir um espaço de negociação transjudicial para a solução razoavelmente satisfatória do problema. E não se deve excluir a possibilidade futura de negociações transconstitucionais entre tribunais supremos de diversos países, tendo em vista o entrelaçamento e a relevância simultânea de casos que ultrapassam fronteiras estatais". NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 186.

[125] Ibid., p. 186.

[126] SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order**. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 85.

> possam. Essa é uma visão de um sistema jurídico global estabelecido não por um Tribunal Mundial, mas sim por cortes nacionais trabalhando conjuntamente em torno do mundo.

Formulando a ideia, sem esse ponto de partida, ou seja, sem o diálogo transconstitucional entre ordens jurídicas estatais mediante os seus tribunais supremos, um transconstitucionalismo mais amplo entre ordens jurídicas de várias espécies, em um sistema mundial de níveis múltiplos entrelaçados, terá muitas dificuldades de "desenvolver-se adequadamente no contexto de heterogeneidade e complexidade da sociedade mundial hodierna".[127] Tampouco será capaz de criar uma legitimação tendo em vista a pluralidade e, inclusive, a fragmentação social no plano das estruturas normativas. O ponto inicial da metodologia transconstitucional não é a negação, mas sim a abertura dos constitucionalismos estatais para outras ordens jurídicas, independentemente que seja do mesmo ou de diferente espécie.

4.3 O Transconstitucionalismo entre Ordens Jurídicas Estatais e Privadas: a eficácia horizontal dos direitos fundamentais em face da *Lex Mercatoria*

A relação entre ordens jurídicas estatais com ordens jurídicas transnacionais ocorre em sentido estrito, ou seja, com ordens normativas que são constituídas não por Estados ou a partir de Estados, mas sim por atores ou organizações privados ou quase públicos, instigados pelo "constitucionalismo transnacional que tem nos direitos fundamentais sua mais alta plausibilidade".[128]

Embora as ordens jurídicas transnacionais tenham "dificuldade de construir-se autonomamente perante os sistemas funcionais globais e as organizações com os quais estão

---

[127] NEVES, op. cit., p. 187.

[128] TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 225.

estruturalmente vinculadas",[129] ou seja, na economia, esporte, internet, organizações não governamentais, entre outros, elas afirmam, exatamente com base na "formação dos respectivos sistemas funcionais e organizações, uma pretensão de autonomia perante o direito estatal, do que resultam problemas de entrelaçamentos, no plano reflexivo de autofundamentação",[130] entre elas e as ordens estatais.

Essas ordens não se restringem à "dimensão econômica (embora essa se apresente como dimensão mais relevante do transnacionalismo jurídico), não permanecem isoladas, entrando em relação de colisão ou cooperação com outras ordens jurídicas, inclusive com ordens jurídicas estatais".[131]

Os problemas envolvendo o transconstitucionalismo surgem quando "questões constitucionais, a saber, casos concernentes a direitos fundamentais ou à organização básica do poder, levam ao entrelaçamento das ordens e dos respectivos tribunais supremos".[132] Ou seja, quando as diversas organizações globais aportam em outros locais, em processos "sociais concretos 'abaixo' dos sistemas funcionais, em organizações formais e em transações formalizadas, não vinculadas às fronteiras dos Estados Nacionais, mas sim com pretensões de alcance global".[133]

Nesse sentido, é plausível conferir às normas internacionais de direitos fundamentais de pleno direito um caráter de constituição[134].

---

[129] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 188.

[130] Ibid., 188.

[131] Ibid.,p. 188.

[132] Ibid., 188.

[133] TEUBNER, op. cit., p. 111.

[134] Teubner indaga o questionamento: "Quem já desejou negar aos direitos humanos universais sua superioridade legal, sua validade mundial e sua natureza constitucional? A alternativa seria a contradição dificilmente sustentável de se entender os direitos fundamentais no âmbito nacional dos Estados por sua própria natureza como direito constitucional de mais alta estirpe, qualificando, entretanto, os mesmos direitos nos diferentes acordos transnacionais sobre direitos humanos como direito comum, desprovido de preferência em relação a outras normas jurídicas". TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 225.

Igualmente "difícil de se sustentar seria, ainda, fazer com que a validade dos direitos fundamentais em distintos regimes transacionais depende de coincidências entre acordos internacionais".[135] Por fim, poderia restar indiscutivelmente, a eficácia dos direitos fundamentais em "espaços não estatais do globo, isto é, sua validade perante sujeitos transnacionais privado".[136]

Na contemporaneidade, muitas sociedades empresárias transnacionais se envolvem em escândalos em que violam direitos humanos, produzem danos ambientais irreparáveis, quando levadas às cortes internacionais e nacionais, "chegou-se frequentemente ao resultado de que os tribunais – apesar de grande incerteza em relação aos fundamentos de validade – concederam proteção a direito fundamental também em face de atores privados".[137]

A validação no reconhecimento dos direitos fundamentais em regimes transnacionais privados apresenta-se na "expansão dos direitos fundamentais dos Estados-nacionais até o interior dos regimes transnacionais privados".[138] A fundamentação da construção teórica é acentuada pelo transconstitucionalismo entre ordens jurídicas internacional e nacionais, com o diálogo entre os tribunais constitucionais envolvendo o entrelaçamento e o intercâmbio entre direito público e privado.

A construção é sugestiva, "considerando que ela reconduz, sem maiores percalços, a problemática validade transnacional dos direitos fundamentais às fontes jurídicas dos Estados-nacionais",[139] e que ela pode, da mesma maneira, tornar o conteúdo[140]

---

[135] Ibid., p. 225.

[136] Ibid., p. 226.

[137] Ibid., p. 226.

[138] Ibid., p. 227.

[139] Ibid., p. 228.

[140] Apesar do caráter sugestivo, Teubner explica que a "falha de classificação não pode ser ignorada. 'Expansão' é um termo ambivalente que oculta a diferença entre dois processos fundamentais diversos. Na linguagem da teoria das fontes do direito: os autores colocam as fontes de conteúdo dos direitos fundamentais transnacionais junto de suas fontes de validade. Utilizando a linguagem da teoria dos sistemas: os autores não observam que decisões e argumentações no sistema jurídico

desenvolvido da dogmática de direitos fundamentais dos Estados-nacionais cabíveis para regimes transnacionais. Não há dúvidas de que esses apresentam modelos de conteúdo a seus equivalentes transnacionais, ocorrendo uma transferência de normas, princípios e dogmáticas de direitos fundamentais, exigindo-se uma decisão, um ato de colocar em validade um "processo de criação e estabelecimento do direito juridicamente institucionalizado, cuja necessidade não pode ocultar a transferência do conteúdo dos *standards* (padrões) de direitos fundamentais".[141]

Nessa perspectiva, é plausível basear-se em "decisões concretas sobre validade jurídica prolatadas por instituições de regimes específicos",[142] em análise sob regimes privados globais. Na cadeia jurisprudencial dos tribunais transnacionais da *lex mercatoria*, dos painéis de internet da ICANN (acrônimo em inglês para Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números) e dos tribunais arbitrais de investimentos, Teubner demostra que esse *standard* concreto de direitos fundamentais é "positivado para cada regime em um processo juridicamente coordenado, que foi, por sua vez, construído por meio de regulamentação privada".[143] Ainda, Teubner[144] deduz que

> [...] direitos fundamentais nacionais, nem as regras de direito internacional privado e nem as meras normas sociais pode oferecer o fundamento jurídico de validade adequado para direitos fundamentais nestes regimes. Tampouco a crescente rede de comunicação entre os tribunais nacionais, encontra-se em posição de fundamentar a validade dos direitos fundamentais em regimes

---

formam determinados circuitos fechados que, certamente, se irritam reciprocamente, sem que se sobreponham uns aos outros". Ibid., p. 228.

[141] TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 228.

[142] Ibid., p. 233.

[143] Ibid., p. 233.

[144] Ibid., p. 233.

> transnacionais. Essa rede é percebida, com alguma razão, como que se por meio dela se solidificasse um sistema jurídico global.

Porém, no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, entre ordens estatais e transnacionais, existem "limites internos bem definidos da validade jurídica, os quais podem ser ultrapassados apenas por meio de uma organização explícita de validade – dos tribunais arbitrais privados".[145] A validade transnacional de direitos fundamentais surge de forma evidente em regimes transconstitucionais internacionalmente estabelecidos, condiz nas diversas convenções sobre direitos humanos. Alguns exemplos servem como referência empírica aos problemas relacionados ao assunto.

Um caso típico é o da *lex mercatoria*[146], que vem se desenvolvendo em uma ampla literatura. Nesse particular, não cabe simplesmente afirmar uma relação entre "heterarquia da *lex mercatoria* e hierarquia da ordem estatal".[147] Ambas possuem tanto dimensões hierárquicas quanto heterárquicas, devendo-se conceituá-las em um entrelaçamento complexo de duas ordens no âmbito do transconstitucionalismo. Igualmente fundamental é apontar que "pretensões diversas de autonomia e autofundamentação, tanto da *lex mercatoria* quanto das ordens estatais, exigem uma capacidade de prontidão para o aprendizado e intercâmbio".[148] Sob esse olhar, segundo Neves[149], há um grande perigo presente:

---

[145] Ibid., p. 233.

[146] Na perspectiva sistêmica, Teubner conceitua a "*lex mercatoria* como esfera discursiva ou sistema de comunicação autônomo (e não primariamente como expressão de interesses de grupos ou organizações". (TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p. 9). Neves a conceitua como 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". (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 189). Não interessando nessa análise, a consideração isolada de estrutura dessa ordem jurídica, nem apenas seu entrelaçamento com a ordem estatal. Sendo relevante, nesse contexto, saber como problemas jurídicos podem surgir na relação transversal entre essas ordens.

[147] Ibid., p. 189.

[148] Ibid., p. 190.

[149] Ibid., p. 190-191.

> O desprezo recíproco, nos termos de estatalismo predominantemente ideológico, em detrimento do desenvolvimento econômico, ou de um privatismo primariamente calcado em interesses concretos de agentes econômicos com alta capacidade estratégica, com consequências destrutivas para terceiros social e economicamente frágeis. Nesse particular, as reações das ordens estatais variam em face do desenvolvimento das instituições e organizações da *lex mercatoria*, enquanto essas tentem a enfatizar sua autonomia e expansão, com pouca disposição de envolverem-se em um diálogo transconstitucional com os respectivos Estados entrelaçados em casos de interesse comum, especialmente quando esses afetam direitos fundamentais. (grifo do autor).

A esse propósito, tem-se "advertido para a postura mais reticente das cortes americanas em face das arbitragens transnacionais enquanto se aponta para a posição mais aberta do judiciário francês com relação às cortes arbitrais".[150] A presteza da justiça estatal francesa em relação à arbitragem em matérias concernentes ao direito econômico transnacional, apresentou-se no caso *Putrabali*, julgado pelo Tribunal de Cassação francesa (mais alta corte judicial na França), em 29 de junho de 2007.

Trata-se de um "marco em um desenvolvimento que remonta ao caso *Gosset,* decidido, em 7 de maio de 1967, pelo Tribunal de Cassação, em que esse admitiu, pela primeira vez, o princípio da separabilidade do acordo de arbitragem.[151] A importância da decisão no caso *Putrabali* pode ser atribuída ao fato de que foi a "primeira vez que o Tribunal de Cassação teve de decidir sobre a execução de um laudo arbitral anulado no país de origem, desde o caso *Hilmarton* (julho de 1997)".[152] A razão de tal importância é fundamental, pois além de endossar soluções executadas pelo Tribunal de Apelação de Paris e pelo Tribunal de Cassação no caso

---

[150] Ibid., p. 92.

[151] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 191.

[152] Ibid., p. 191.

Hilmarton e outros, este tribunal passou a uma dinâmica mais firme e abrangentes em seus fundamentos teóricos.

O caso *Putrabali* envolve uma "contenda de direito marítimo entre uma companhia indonésia, *P.T. Putrabali Adyamulia* (vendedora), e uma companhia francesa, *Société Est Epices* (mais tarde *Rena Holding)* (compradora)",[153] envolvendo um contrato de compra e venda de pimenta branca, embarcada por navio em janeiro de 2000, tendo o navio afundado na Ilha Bangka, na Indonésia, em fevereiro de 2000.

A controvérsia surgiu em decorrência da exigência do pagamento da mercadoria pela vendedora, "que entrou com pedido de arbitragem conforme as regras da Associação Geral Internacional de Produção LTDA (IGPA)".[154] Tendo em vista que os dois árbitros indicados não entrariam em acordo comum, um "árbitro desempatador decidiu favoravelmente ao autor da ação arbitral (a vendedora), considerando que a compradora descumprira o contrato".[155] A compradora recorreu ao Órgão de Apelação arbitral, nos termos das regras da IGPA, tendo sido "revertida por esse Órgão a decisão de primeira instância, por ter sido negada a ocorrência de qualquer rompimento do contrato pela compradora".[156]

Dessa decisão arbitral, a vendedora recorreu à Alta Corte Inglesa em maio de 2003, sendo que este Tribunal "anulou parcialmente o laudo arbitral, por entender que houve quebra de contrato por falta de pagamento, e remeteu o caso para uma outra arbitragem". Assim, na nova decisão arbitral, em agosto de 2003, a compradora foi condenada. Paralelamente, ela entrou, na França, com pedido de "*exequatur* (reconhecimento e execução) do laudo arbitral anterior, datado em 10 de abril de 2001, que foi concedido".[157]

---

[153] Ibid., p. 191-192.

[154] Ibid., p. 192.

[155] Ibid., p. 192.

[156] Ibid., p. 192.

[157] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 192.

Então, a vendedora recorreu à Corte de Apelação de Paris, que manteve o julgamento da *exequatur* da primeira instância judicial francesa. Putrabali argumentou que a "decisão arbitral de 10 de abril de 2001 havia sido anulada e teria sido uma fraude a tentativa de executá-la na França".[158] A Corte de Apelação de Paris rejeitou esse argumento "considerado que não haveria base para recusar a execução de decisões arbitrais anuladas no país de origem, pois essa hipótese de recusa não estava prevista na legislação processual francesa".[159] Essa decisão não é inovadora nessa matéria, só em face do recurso interposto, em última instância, por Patrabuli, o Tribunal de Cassação da França apresenta o elemento inovador em relação à arbitragem transnacional.

Os dois fundamentos da decisão, apresentado por Neves, são os seguintes: "(1) uma arbitragem transnacional (usa-se imprecisamente o termo 'internacional') não está ancorada em nenhuma ordem jurídica nacional; (2) um julgamento arbitral transnacional ['internacional'] é uma decisão judicial transnacional ['internacional']" (2009, p. 193). O aspecto mais relevante desse caso reside na

> [...] admissão explícita, por parte do mais alto tribunal judicial da França, de que a *lex mercatoria* é autônoma em face de qualquer ordem jurídica estatal, seguindo uma tradição já presente na jurisprudência e doutrina francesa. Trata-se de ordem jurídica 'deslocalizada'. No caso, não se afirmou apenas que a arbitragem não está ancorada na ordem jurídica do país de origem (local) da arbitragem, mas se deu um passo adiante, sustentando-se que ela não está ancorada em nenhuma ordem jurídica estatal. (grifo do autor).[160]

Isso tem consequência, nessas circunstâncias, porque casos envolvendo a *lex mercatoria* e a ordem jurídica estatal no âmbito de matérias jurídico-constitucionais exigem um tratamento à luz do

---

[158] Ibid., p. 192.

[159] Ibid., p. 192.

[160] Ibid., p. 193.

transconstitucionalismo, uma vez que cada uma das ordens aponta a uma pretensão de autofundamentação. Portanto, em alguns casos, "além de um diálogo transjudicial, impõe-se uma 'conversação' transconstitucional entre ordens jurídicas de tipos diversos, sobretudo mediante a relação construtiva entre os seus tribunais".[161]

Essa compreensão torna-se ainda mais "plausível quando se considera a tese contida no outro fundamento de decisão do Tribunal de Cassação francês: um laudo arbitral transnacional é uma decisão judicial transnacional".[162] Isso aplica afirmar que o laudo arbitral da *lex mercatoria* é uma decisão judicial que não precisa aprovação ou negação de cortes nacionais para ser reconhecida e executada. Embora uma "corte do local de origem da arbitragem possa rejeitar a sua execução no âmbito da respectiva jurisdição estatal, isso não impede que a decisão seja executada no âmbito territorial de outro Estado".[163]

Cumpre acrescentar que essa proposta "importaria vincular a decisão do tribunal do local da execução ao tribunal do local da arbitragem, independentemente da consistência no âmbito da ordem jurídica em que se pretende realizar a execução".[164] Evidentemente, há riscos[165] no que se refere ao desenvolvimento de um diálogo transconstitucional com a nova *lex mercatoria*.

Nesse ínterim, ainda que essa ordem jurídica transnacional sustente, com êxito e firmeza, "pretensão de autonomia perante as ordens do Estado constitucional, ela é fortemente dependente do

---

[161] Ibid., p. 193.

[162] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 193.

[163] Ibid., p. 194.

[164] Ibid., p. 194.

[165] Neves destaque que o problema, portanto, é "análogo à execução de sentença estrangeira por uma ordem estatal qualquer, com força de coisa julgada, nos termos do direito internacional privado clássico. Porém, embora funcionalmente equivalente a uma sentença estrangeira, o vínculo a uma ordem jurídica desterritorializada torna os problemas de entrelaçamento bem mais complexos, especialmente pela versatilidade e mobilidade dos contratos e das arbitragens da *lex mercatoria*. Nesse sentido, a probabilidade de conflito de natureza constitucional entre essa ordem jurídica e as estatais pode apresentar, em certa medida, efeitos bem mais graves do que entre duas ordens delimitadas territorialmente". Ibid., p.194-195.

sistema econômico e, portanto, também de seus agentes".[166] Isso porque está ligada a serviços da economia no campo mercantil, sua vinculação ao princípio jurídico-constitucional da igualdade fica em segundo plano.

Caracterizada como "direito corrupto na própria linguagem de um dos seus mais importantes teóricos",[167] sua capacidade constitucional se torna limitada, "especialmente a capacidade de envolver-se de maneira satisfatória com questões de direitos fundamentais".[168] Por isso, em se tratando do transconstitucionalismo entre ordem jurídica estatal e *lex mercatoria,* cumpre destacar o seu caráter limitado, pois, em princípio, uma das "ordens não se orienta primariamente para enfrentar e resolver problemas constitucionais".[169]

Sob essa ótica de que a *lex mercatoria* tenha pouca disposição ao transconstitucionalismo, o envolvimento desses no Estado democrático de direito pode "possibilitar tanto a limitação de sua tendência expansiva quanto a fortificação de sua capacidade reflexiva para desenvolver-se com autonomia operativa perante os interesses concretos e particularistas de atores econômicos".[170]

Uma das alegações usadas para negar o caráter transnacional em sentido estrito à *lex mercatoria,* no plano da arbitragem, pode "residir na invocação da Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, ato internacional celebrado em Nova Iorque",[171] ato realizado na Conferência das

---

[166] Ibid., p. 195.

[167] TEUBNER, Gunther. **Global Bukowina**: legal pluralism in the world-society. Burlington: Ashgate, 2003. p. 9-31. (Global Law Without a State). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=896478>. Acesso em: 28 ago. 2017.

[168] NEVES, op. cit., p. 195.

[169] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 195.

[170] Ibid., p. 196

[171] Ibid., p. 196.

Nações Unidas sobre a Arbitragem Comercial[172], em junho de 1958. Porém, esse argumento permanece inapto de um complexo fenômeno jurídico.

Em suma, infere-se da decisão do Tribunal de Cassação francês que a "ordem jurídica de arbitragem transnacional não está ancorada em nenhuma ordem estatal. Isso significa que ela, em si mesma, já é uma ordem 'estrangeira' em relação à ordem de todo e qualquer Estado".[173] O que a convenção de Nova Iorque regula é o "reconhecimento e a execução dos laudos arbitrais estrangeiros pelos Estados",[174] valendo isso

> [...] tanto para arbitragens subordinadas à ordem processual de outros Estados quanto para a arbitragem transnacional, vinculada a uma ordem que, progressivamente, afirmou sua autonomia perante as ordens jurídicas estatais em geral, inclusive diante da ordem do Estado onde tenha ocorrido ou venha a ter lugar, geograficamente, a arbitragem.[175]

Observa-se nas sustentações que chegam à Convenção de Nova Iorque um "entrelaçamento entre ordens jurídicas que não se restringe apenas à bilateralidade (ordem estatal/ordem transnacional de arbitragem comercial), mas inclui, em um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos",[176] a ordem de outros Estados e a ordem internacional, ampliando-se as possibilidades de diálogo transconstitucional entre ordens jurídicas.

O direito da internet é um outro campo em relação à ordem jurídica estatal e ordem jurídica transnacional no qual problemas não só se desenvolvem no âmbito dos Estados-nações, mas também se

---

[172] Inclusive foi baseado nessa Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, que o caso acima apresentado, recorreu ao "judiciário francês, a empresa francesa Rena Holding invocou o art. VII dessa convenção internacional" (Ibid., p. 195).

[173] Ibid., p. 196.

[174] Ibid., p. 196.

[175] Ibid., p. 196.

[176] Ibid., p. 196.

relacionam por atores privados e quase públicos, em que fronteiras territoriais não os limitam; entrelaçam-se de forma globalizada na sociedade mundial, envolvendo problemas transconstitucionais. A transversalidade entre a *lex digitialis* transnacional e os Estados envolve tanto cooperações quanto conflitos de difíceis soluções.

Nesse particular, destaca-se a força regulatória da ICANN, entidade que atribui contratualmente à "organização VeriSign[177] a função de administradora do domínio, e esta, por sua vez, celebra contratos com os administradores de domínios nacionais".[178] Mediante contratos padrões celebrados com usuários da internet, os administradores de domínios nacionais estipulam os detalhes da distribuição de nomes. Novamente, por meio de "relações contratuais, com as quais o governo dos EUA garante a sua influência sobre essa governança privada, a ICANN permanece vinculada a instâncias de direito público".[179]

Portanto, esse arranjo constitui um complexo esquema contratual, que não pode ser equiparado nem com a organização formal nem com contratos bilaterais. Contratos "individuais e organizações formais orientam-se ara um único fim e só no plano emergente formam um complexo regulatório".[180]

O problema transconstitucional reside no fato de que os "judiciários estatais, caso compreendam que o uso da internet por quem detém um nome de domínio está contrariando princípios e regras constitucionais da ordem estatal",[181] precisam fazer uma solicitação junto à ICANN, para que essa entidade privada, decida[182]

---

[177] Verisign é uma empresa que atua na área de segurança de redes, Internet e telecomunicações.

[178] TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 117.

[179] Ibid., p. 117.

[180] Ibid., p. 117.

[181] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 208.

[182] Os judiciários estatais "não dispõem de poder nem meios técnicos para determinar, de forma vinculatória, que seja revogada a atribuição de um nome de domínio a um usuário, nem, portanto, que haja uma nova atribuição de nome de domínio a um outro usuário. A ICANN dispõe, nesse caso, do poder de decidir se acata ou rejeita, conforme suas próprias normas jurídicas, a decisão judicial

sobre essa solicitação. Parece ser recomendável, portanto, uma postura flexível da ICANN, nos termos do transconstitucionalismo, considerando as peculiaridades jurídicas dos respectivos Estados envolvidos em torno da *lex digitialis*.

É fato relevante que a *lex digitialis* fica fortemente vinculada a uma entidade que, "embora quanto à origem e fundamentação esteja intimamente vinculada à ordem jurídica estatal norte-americana, domina, no âmbito de suas atividades, um raio abrangente de ações transnacionais",[183] entrando em entrelaçamentos transconstitucionais com diversas ordens estatais.

Assim, regimes transnacionais se apresentam com características de ator coletivo, como mostra os casos da *lex mercatoria*, em que "normas constitucionais hierarquicamente superiores emergem sem que haja aí a perspectiva de criar-se o equivalente de uma organização estatal",[184] e em alguns casos de organizações internacionais com capacidade de ação, como no caso da *lex digitialis* da ICANN ou no caso de ONGs da sociedade civil, um regime "transnacional nesses moldes desenvolve, de fato, além da identidade coletiva, as características de um ator coletivo (similar ao Estado)".[185]

Uma situação com grande repercussão diz respeito do caso da importação de pneumáticos usados pelo Brasil. Esse acontecimento envolve tanto o direito constitucional brasileiro e as ordens jurídicas uruguaia e paraguaia quanto o direito do Mercosul e a ordens jurídicas da Organização Mundial do Comércio (OMC). Em dezembro de 2007, o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC, ao adotar informe do Órgão de Apelação da OMC, decidiu de maneira favorável

---

estatal. Também para questionar o conteúdo da resolução de controvérsias pela ICANN, as partes podem optar pelo caminho judicial ou arbitral, desde que respeitadas as normas dessa entidade privada". NEVES, op. cit., p. 209.

[183] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 211.

[184] TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 133-134.

[185] Ibid., p. 134.

ao recurso interposto pelo Brasil, com base em argumentos em defesa à proteção do meio ambiente, para que fosse vetada a importação de pneus usados provenientes da União Europeia.

Entretanto, essa decisão considerou discriminatória a política brasileira de continuar importando pneus usados do Paraguai e do Uruguai e, portanto, deveria ser abolida, mesmo que o Brasil tenha alegado de que o número de pneus recauchutados importados do Uruguai e do Paraguai não era significativo. Mais tarde, em laudo arbitral no âmbito da OMC, por solicitação das Comunidades Europeias, decidiu-se que o Brasil teria um prazo para cumprir as recomendações e resoluções do Órgão de Solução de Controvérsias, no qual, encerrar-se-ia um ano a partir da data de adoção por este dos informes do Grupo Especial e do Órgão de Apelação. O problema decorrente dessa condição imposta pela decisão do OSC da OMC consiste em que:

> O Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul já rejeitara pretensão da Argentina de que fosse proibida a importação de pneus recauchutados oriundos do Uruguai, corroborando recentemente em duas decisões anteriores, por entender que uma tal proibição ofenderia as normativas do Mercosul. O Brasil tentou contornar ambas as decisões, procurando propor um limite ao número de pneus usados a serem importados do Uruguai, Paraguai, desrespeitando, ao mesmo tempo, as normas do Mercosul e da OMC, em sentidos diametralmente opostos.[186]

A situação se agravou com o fato de que a Presidência da República, em 2006, propôs uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n.º 101/2006), na qual se pediu que fossem declaradas inconstitucionais as decisões judiciais que vinham admitindo a "importação de pneus usados com base no argumento de que as normas infraconstitucionais que cedam essa prática são inconstitucionais",[187] fundamentando-se basicamente na

---

[186] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 247.

[187] Ibid., p. 247.

alegação que o art. 225[188] da Constituição Federal. O *caput* desse dispositivo constitucional prescreve: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

Embora a decisão do STF tenha sido pelo provimento quase integral da ADPF 101/2006[189], "essa situação aponta para dificuldades prementes de afastar um constitucionalismo provinciano no caso brasileiro".[190] Ao mesmo tempo, corrobora a grande dificuldade de se conseguir um nível aceitável para todas as ordens envolvidas. O governo brasileiro rejeitou a importação de pneus usados na União Europeia (com base em argumentos ecológicos e referentes ao direito à saúde), mas, simultaneamente, admitiu a importação do mesmo produto quando provindos do Uruguai e do Paraguai, gerando uma grande inconsistência.

Nesse caso, impõe-se cada vez mais, "uma revisão dos paradigmas constitucionais, possibilitando uma 'conversação' transconstitucional mais sólida com ordens normativas entrelaçadas em torno de problemas".[191] A ordem constitucional brasileira, especialmente o Supremo Tribunal Federal, deve firmar parceria com ordens transnacionais, internacionais ou supranacionais, para consolidar a construção de um transconstitucionalismo multiangular.

Nesse sentido, parte-se a discussão acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais que se concentrou, "apenas na

---

[188] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 jun. 2017.

[189] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 101/2006 Distrito Federal**. Requerentes: Presidente da República. Intimados: Presidente do Supremo Tribunal Federal entre outros. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, Julgado em: 14 de agosto de 2009. DJe 21 de agosto de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>. Acesso em: 10 set. 2017.

[190] NEVES, op. cit., p. 248.

[191] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 248.

função de defesa dos direitos fundamentais em face de fenômenos de poder social, negligenciando sua função inclusiva".[192] Com isso, se coloca um problema estrutural das sociedades tardias, "cuja dimensão sociavelmente lesiva apenas se tornou visível nas últimas ondas da globalização. O problema se encontra no paradoxo da inclusão da diferenciação funcional".[193]

De um lado, "os sistemas funcionais encontram-se estruturados de tal forma que não possuem como membros grupos populacionais bem delimitados",[194] como no caso de sociedades estratificadas, mas por sua vez incluem, cada qual, "toda a população de forma apenas estritamente circunscrita à sua função respectiva. Essa inclusão da totalidade da população em cada sistema social é a 'Lei Fundamental' da diferenciação funcional".[195] Por outro lado, entretanto, a "dinâmica interna dos sistemas funcionais leva precisamente à exclusão de grupos populacionais inteiros".[196]

Exclusões sociais de grandes proporções, como nas periferias brasileiras, não são, portanto, "herança de estruturas sociais tradicionais, mas criadas pela própria modernidade".[197] Dessa forma, indaga-se a questão na lógica do "desenvolvimento da diferenciação funcional residiria o fato de que a diferença entre inclusão/exclusão se sobrepõe aos códigos binários dos sistemas funcionais globais".[198] Será a inclusão/exclusão o metacódigo do século XXI, que catalisa os outros códigos, mas de mesma forma acaba com a própria diferenciação funcional e envolve outros problemas sociais políticos.

---

[192] TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 247.

[193] Ibid., p. 247.

[194] Ibid., p. 247.

[195] Ibid., p. 247.

[196] Ibid., p. 247.

[197] Ibid., p. 248.

[198] TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 248.

Os direitos fundamentais atuam "não somente como limites dos sistemas funcionais perante a autonomia dos indivíduos, mas também como garantia de inclusão da população em sistemas sociais".[199] Na política, a garantia de inclusão é efetivada de maneira ampla. O direito ao voto e os direitos políticos possibilitam que o acesso ao poder se mantenha disponível a toda a população. Esse princípio político de inclusão deve ser gerado de forma que o acesso a todos meios de comunicação mantenha-se além de abertos aos diversos sistemas funcionais por meio dos direitos fundamentais, mas seja de fato garantido.

Porém, isso, em toda a sua generalidade, "não pode ser implementado de forma referente à sociedade como um todo, algo, por exemplo como uma garantia de acesso a todas as instituições da sociedade pronunciada e imposta pela política".[200] Luhmann[201] explica que,

> con la diferenciacion funcional del sistema de la sociedad, la regulacion de las relaciones de inclusion/exclusion pasa a los sistemas funcionales; ya no existe instancia central alguna (aunque guste a la politica verse en esa funcion) que supervise a este respecto a los sistemas parciales.

A função da reespecificação é "formular as determinações sistêmico-específicas de tal forma que o acesso às instituições sociais seja possibilitado".[202] Os serviços primordiais no sistema econômico, a compulsória contratação de plano de saúde e a garantia de acesso à internet constituem, por exemplo, "casos que os direitos fundamentais devem forçar o acesso a instituições sociais por meio de sua eficácia em relação a terceiros".[203]

---

[199] Ibid., p. 248.

[200] Ibid., p. 249.

[201] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2006. p. 499.

[202] TEUBNER, op. cit., p. 149.

[203] Ibid., p. 149.

Esses direitos fundamentais de "inclusão podem também pavimentar, por fim, o ponto de partida para demandas sociopolíticas mais abrangentes".[204] A indicação da direção político-social consiste em "transformar direitos fundamentais de inclusão em direitos civis sociais ativos no interior dos setores sociais específicos".[205] Enquanto direitos fundamentais sociais inclusivos se "encontram ainda nos primórdios de sua institucionalização, a eficácia horizontal dos direitos sociais em função defensiva já se monstra bem mais desenvolvida".[206] No âmbito transnacional, configura-se tal fato nas violações a direitos fundamentais cometidos por empresas multinacionais e levados a tribunais arbitrais em face a *lex mercatoria*.

Assim como os direitos fundamentais de inclusão, os de exclusão reagem aos "problemas que levantam questões relacionadas à diferenciação de sistemas funcionais autônomos e à independência de seus meios de comunicação".[207] Eles observam como seu problema a tendência dos sistemas funcionais que se tornam "autônomos em transgredir seus limites funcionais específicos e procuram garantias para a exclusão de âmbitos de autonomia".[208]

Em decorrência disso, a política ganha autonomia e viabiliza pretensões de inclusão. Ela se liberta "dos vínculos morais, religiosos e econômicos da antiga sociedade e incrementa as possibilidades usurpativas de seu meio especial – o poder – sem que vinculações imanentes ainda lhe estabeleçam limites".[209] Por meio de seu fechamento operativo e de sua autonomização estrutural, a "política cria para si novos ambientes, em relação aos quais ela

---

[204] Ibid., p. 250.

[205] TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 251.

[206] Ibid., p. 251-252.

[207] Ibid., p. 252.

[208] Ibid., p. 252.

[209] Ibid., p. 252.

desenvolve tendências expansivas claramente imperialistas".[210] O poder absoluto tem caráter destrutivo inesperado, centraliza poder para tomada de decisões, mostrando sua tendência inata à totalização transfronteiriça.

Esse modelo de direitos fundamentais relacionado à "defesa contra o Estado funciona apenas enquanto o Estado se identifica com a sociedade ou, ao menos, enquanto o Estado possa ser considerado forma de organização da sociedade"[211] e a política possa ser considerada como coordenação hierárquica da sociedade. Quando se tornou claro que a "sociedade moderna é descrita de maneira insuficiente pelo dualismo indivíduo/comunidade e tornou-se conhecida a libertação e autonomização de outros meios de comunicação",[212] e sendo extremamente especializados (dinheiro, direito, tecnologia), esse modelo deixou de ser aceitável.

Nesse norte, a obrigação dos direitos fundamentais obriga o poder público a observar e proteger a liberdade, princípios básicos da ordem política e social. Grimm[213] trabalha com a ideia que

> [...] liberdades não são imunes de abuso ou colisões, a proteção dos direitos fundamentais não pode ser absoluta. Estes devem permitir restrições onde isso seja necessário para a manutenção da liberdade igualitária ou no interesse de bens indivisos de alto grau. Sua estrutura a isso corresponde. Em um primeiro passo, eles estabelecem regularmente qual conduta individual ou coletiva e quais funções socais devem, a princípio, estar determinadas de forma livre, ou seja, não pelas necessidades políticas, mas pela vontade do indivíduo em particular ou da lógica dos fatos dos variados âmbitos funcionais. Em um segundo passo, eles possibilitam, então, restrições.

---

[210] Ibid., p. 252.

[211] Ibid., p. 253.

[212] TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 253.

[213] GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 114.

As restrições aos direitos fundamentais "só são admissíveis quando parecerem aptas e necessárias para a garantia de uma finalidade legítima e quando a necessidade de garantia e a dimensão da restrição estiverem em proporções adequadas".[214] Por meio disso, ela também protege a autonomia dos vários subsistemas sociais como a "política, a economia, a ciência, a arte, o direito, etc. Por fim, ela está comprometida com a democracia pluralista como a forma de poder que melhor corresponde a esses princípios".[215]

Nessa perspectiva, aparece a problemática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais de "defesa contra instituições sociais: a fragmentação da sociedade multiplica as zonas limítrofes dos meios de comunicação autônomos para setores autônomos individuais e institucionais".[216] Essa fragmentação da sociedade mundial em "subsistemas autônomos não cria dessa forma novos pontos fronteiriços exteriores à sociedade entre subsistema e seres humanos, mas também novos limites no interior da sociedade",[217] nos quais os sentidos de expansão dos subsistemas operam de maneira ímpar em relação a cada sistema. A questão consiste em:

> [...] seria possível repensar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais dos conflitos internos da sociedade (pessoa vs. pessoa) para conflitos do tipo sistema/ambiente (comunicação vs. corpo/psique) ou, de outra forma, de conflitos interpessoais entre titulares individuais de direitos fundamentais para conflitos entre, de um lado, processos comunicativos anônimos e, de outro, indivíduos concretos?[218]

Portanto, percebe-se que as dificuldades são enormes. Na falta de uma instância de super sentido, o método transconstitucional

---

[214] Ibid., p. 116.

[215] Ibid., p. 105-106.

[216] TEUBNER, op. cit., p. 253-254.

[217] Ibid., p. 259.

[218] TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 261.

parece ser o mais adequado, cabendo observar que os entrelaçamentos entre ordens transnacionais e ordens estatais "dificilmente se apresentam de forma isolada".[219] Em razão da diversidade de tipos de ordens transnacionais, o envolvimento delas com problemas de direitos fundamentais relacionados ao transconstitucionalismo ocorre simultaneamente com uma pluralidade de ordens de diferentes espécies, como as estatais, internacionais, supranacionais e locais. Também por perpassarem diversos tipos de ordem jurídica, as ordens transnacionais estão intrinsicamente ligadas à eficácia horizontal dos direitos fundamentais e, de forma mais direta, com o transconstitucionalismo em um sistema mundial de níveis múltiplos entrelaçados.

[219] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009b. p. 216.

5

Conclusão

A teoria dos sistemas de Luhmann apresenta a estruturação da sociedade como um conjunto de comunicações interligado e complexo, formador de diversos importantes subsistemas, como o sistema jurídico, o político e o econômico. Com vistas à construção de um regime de bem-estar, o Estado Democrático de Direito pode gerar novas condições político-jurídicas estruturais favoráveis a uma preferência por inclusão.

Esforços pela manutenção e disseminação do Estado Democrático de Direito se justificam na medida em que, na sociedade contemporânea, a forma político-jurídica ainda é a que se apresenta como a mais adequada e bem-sucedida para a promoção da inclusão social, o combate do expansionismo destrutivo e excludente do código econômico, a proteção dos direitos humanos e direitos fundamentais e a confrontação com os fundamentalismos.

Essa questão que se põe no primeiro plano é a referente aos novos papéis, tarefas e possibilidades do Estado Democrático de Direito em uma sociedade multicêntrica, a qual se torna cada vez mais dinâmica e flexível.

No presente trabalho, buscou-se um embasamento teórico muito forte em Luhmann e especialmente em Neves, pois na teoria sistêmica, compreendem-se os acoplamentos estruturais como mecanismos entre dois sistemas autônomos, e a respeito da racionalidade transversal, que é o conceito base do transconstitucionalismo, implica, em certos casos, o entrelaçamento

de mais de dois sistemas, importando, então, um grau de aprendizado e intercâmbio construtivo entre os sistemas.

As compreensões desses pressupostos teóricos se fizeram necessárias a partir análise de Constituição transversal, a qual supõe não só acoplamentos estruturais, mas também entrelaçamentos como pontes de transição.

Os entrelaçamentos promotores da racionalidade transversal servem, sobretudo, ao intercâmbio e aprendizado recíprocos entre experiências com racionalidades diversas, importando a partilha mútua de complexidade preordenada pelos sistemas envolvidos e, portanto, gera uma forma de alteridade no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos.

A emergência de ordens jurídicas internacionais, transnacionais e supranacionais, é um fator que vem tornando-se da interdisciplinaridade, ou seja, é objeto de interesse não apenas dos juristas, mas também de cientistas sociais em geral. Embora as Constituições estatais já tenham aparecido como estruturas da racionalidade transversal entre política e direito, o constitucionalismo transversal apenas tornou-se significativo em virtude de novos problemas com os quais as ordens internacionais, supranacionais e transnacionais estão confrontadas cada vez mais intensamente.

A teoria transconstitucional abre-se para esferas além do Estado, não porque surjam outras constituições, mas sim porque problemas eminentemente constitucionais, especialmente os referentes aos direitos fundamentais e humanos, perpassam outras ordens jurídicas diversas, atuando de forma entrelaçada na resolução dos conflitos.

Assim, esse trabalho esforçou-se em analisar casos concretos de entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, indicando especialmente as profundas transformações que têm ocorrido, nas condições hodiernas da sociedade mundial, no sentido de superação dos conceitos clássicos de constitucionalismo provinciano ou paroquial pelo transconstitucionalismo.

Nesse entendimento, o Estado deixa de ser um *locus* privilegiado de resolução de conflitos constitucionais. Embora sendo fundamental, é considerado um dos diversos *loci* em cooperação e concorrência na busca do tratamento desses problemas.

Inúmeros são os casos de violações na sociedade globalizada, em que direitos indígenas são desrespeitados, empresas privadas, em prol de lucro, destroem o meio ambiente, violam os direitos humanos, enfim, casos e mais casos negativos estão sendo noticiados, e diante isso, surgem inquietações que exigem a busca de teorias que se esforcem na construção de um mundo mais justo e igualitário.

Em razão disso, acredita-se que a teoria transconstitucional possa trazer respostas adequadas aos percalços da humanidade, gerando pontes de ligação que ensejam o entrelaçamento entre sistemas.

A integração sistêmica cada vez mais forte na sociedade contemporânea globalizada levou à desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais, o que pode ser conceituado como uma emancipação do Estado. O transconstitucionalismo jurídico em um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos implica o reconhecimento de que as mais diversas ordens entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional, em especial de direitos humanos ou direitos fundamentais e de organização legítima do poder, devem buscar alternativas transversais de articulação para a resolução de problemas, cada ordem observando a outra, para compreender os seus limites e possibilidades de contribuição mútua para solucioná-lo. Sua identidade é reconstruída, dessa maneira, levando em consideração a alteridade.

Nessa linha de pensamento, buscou-se o aprofundamento da teoria transconstitucional numa perspectiva sistêmica, com a tentativa de efetivar a alteridade entre ordens jurídicas da sociedade mundial. Acredita-se que, dentre tantas formas, essa é uma com condições reais de fomentar os entrelaçamentos entre nações, especialmente com o intuito de gerar uma proximidade cultural.

Portanto, a ideia de alteridade, ou seja, de se colocar no lugar do outro, sem hierarquias ou intensões pessoais, com a finalidade de intercâmbios de saberes, dentro da perspectiva de um sistema mundial de níveis múltiplos, enseja teorias que visem os entrelaçamentos das ordens jurídicas, como o transconstitucionalismo, que promove a inclusão, com pretensões de constituir comunidades.

Isso porque a identidade jurídica de cada ordem vinculada à alteridade possibilita a universalização dos direitos, independentemente da eventualidade de ser membro ou não de uma determinada sociedade, de sorte que o transconstitucionalismo afigura-se como o futuro das relações constitucionais.

Referências

ACKERMAN, Bruce. A ascensão do constitucionalismo mundial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **A constitucionalização do direito**: Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AFONSO, Henrique. **Projeto de Lei 1057/2007**. Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoes>. Acesso em: 12 set. 2017.

AMADO, Juan Antonio Garcia. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Org.). **Niklas Luhmann**: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARISTÓTELES. **Politica**. Edição bilingue. Trad. esp. Julián Marías e Maria Araujo. Madri: Instituto de Estúdios Políticos, 1951.

BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. **Uma proposta de dimensão prescritiva ao sistema jurídico a partir do pensamento sistêmico**. 2014. Tese (doutorado) - Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle /123456789/128843>. Acesso em: 11 jun. 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro:

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03 /Constituicao/Constituicao. htm>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em:12 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 101/2006 Distrito Federal**. Requerentes: Presidente da República. Intimados: Presidente do Supremo Tribunal Federal entre outros. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, Julgado em: 14 de agosto de 2009. DJe 21 de agosto 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no recurso extraordinário com agravo 748.367 São Paulo**. Agravante: Tauan Garcia Gomes. Agravado: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF 3 de setembro de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/ paginadorpub/ paginador.jsp?docTP=TP&docID=454283>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n.º 124.306 Rio de Janeiro**. Pacientes: Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Impetrante: Jair Leite Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Voto-vista: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016. p. 2. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/ cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC 124306LRB.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n.º 82.424**. Rio Grande do Sul. Pacientes: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker e outra. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms>. Acesso em: 12 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3.388/PR**. Brasília, DF, julgamento. 19 de março de 2009, TP, DJ 31 de março de 2009, no qual, teve decisão favorável às comunidades nativas. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=366492>. Acesso em: 10 set. 2017.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **"Brancosos" e Interconstitucionalidade:** Itinerários dos Discursos Sobre a Historicidade Constitucional. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio **Filosofia do direito na alta modernidade**: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COMISSÃO DE VENEZA. **Codices**. Estrasburgo, 2017. Disponível em: <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>. Acesso em: 13 nov. 2017.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BERALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidade Iberoamericana, 1996.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum.** Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: fundamento místico da autoridade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na Sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 2 vols.

HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HOFSTAFTER, Douglas Richard. **Gödel, Escher, Bach:** um entrelaçamento de gênios brilhantes. Brasília: UNB, 2001.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Racionalidade das leis penais e legislação simbólica**. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Tradução Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Porto Alegre: Villa Martha, 1980.

LUCAS, Doglas Cesar. **Direitos humanos e interculturalidade**: um diálogo entre a igualdade e a diferença. Ijuí: UNIJUÍ, 2013.

LUHMANN, Niklas. A Constituição como aquisição evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jorg. **Il futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996. Não paginado. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>. Acesso em: 12 jul. 2017.

LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNALD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. **Do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedade (versão 5.0, 2003)**. [S.l.], 2003. Disponível em: <http://migre.me/jEyfw>. Acesso em: 10 jan. 2017.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília, DF: UNB, 1980.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Sociedade y sistema:** la ambición de la teoría. Barcelona: Paidós, 1997.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedade**. México: Universidad Iberoameriana, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1.

LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de bienestar**. Madrid: Alianza Universidad, 2007.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. 2. ed. Milano: Franco Angeli, 1992.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 95, p. 239-272, 2012.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Imigração**: criminalização e subsistema penal de exceção. Curitiba: Juruá, 2013.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A Árvore do conhecimento:** as bases biológicas do entendimento humano. Tradução Jonas Pereira dos Santos. São Paulo: Editorial Psy II, 1995.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **Autopoiesis and cognition**: the realization of the living. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1980.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. A constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO Claudineu de (Org.). **Direitos humanos, democracia e república**: homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009a. p. 653-688.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 4, out./dez. 2005. Disponível em: <http//www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20 out. 2017.

NEVES, Marcelo. Da autopoiese à alopoiese do direito. **Anuário do Mestrado em Direito**, Recife, n. 5, 1992.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

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

PERNICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism in the European Union. **European Law Review,** Andover, n. 27, 2002. Disponível em: <http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0502.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

PETERS, Anne. Compensatory Constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures. **Leiden Journal of International Law**, Cambridge, n. 19, p. 579-610, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 1998.

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoiético de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SÁ, Almir Morais et al. **Proposta de emenda à Constituição nº 215-A, de 2000**. Acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o § 4O e acrescenta o 5 8O ambos no art. 231, da Constituição Federal; tendo parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, pela admissibilidade desta, com emenda saneadora, e das de nos 579t2002, 156t2003, 25712004, 275/2004, 31 912004, 3712007, 1 1712007, 16112007, 29112008, 411t2009 e 415t2009, apensadas (relator: dep. Osmar Serraglio). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoes>. Acesso em: 10 set. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, DF, v. 01, n. 01, p. 65-92, 2014. Disponível em: <https:// edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4113557/mod_resource/ content/1/ 19-85-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

SILVEIRA, Ramaís de Castro; BAGGIO, Roberta Camineiro. O STF e as Bases Materiais para a Hermenêutica Transconstitucional. **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**, Brasília, DF, v. 2, n. 1, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/Hermeneutica Juridica/article/view/888>. Acesso em: 12 fev. 2017.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. **Harvard International Law Journal,** Cambridge, p. 191-219, 2003.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

TEIXEIRA, Bruna Escobar; NUNES, Péricles Stehmann. Do diálogo transconstitucional entre a cultura indígena e a ordem constitucional brasileira. **Revista de Formas Consensuais de Conflito**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 114-130, 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/revista solucoesconflitos/article/view/1573/2033>. Acesso em: 08 ago. 2017.

TEUBNER, Gunther. **El derecho como sistema autopoiético de la sociedade global.** Lima: ARA Editores, 2005.

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

TEUBNER, Gunther. **Global Bukowina**: legal pluralism in the world-society. Burlington: Ashgate, 2003. p. 9-31. (Global Law Without a State). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=896478>. Acesso em: 28 ago. 2017.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético.** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

TRIBE, Laurence H. **El aborto**: guerra de absolutos. Pról. José Ramón Cossío Díaz, Luz Helena Orozco e Villa Luisa Conesa Labastida. Trad. Dubravka Suznjevic. México: FCE INACIPE, 2012.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.