

# **GUSTAVO ADOLFO MENEZES VIEIRA**

## **RÉQUIEM AO LEVIATÃ: PARA ALÉM DO PARADIGMA WESTPHALIANO.**

### **RESUMO**

O presente artigo tem como objeto analisar, sob o referencial epistemológico sistêmico, os novos desafios lançados à efetividade do direito em face da inerente colisão entre regimes jurídicos a uma sociedade global. Nesse sentido, mediante pesquisa qualitativa exploratória bibliográfica, este trabalho visa estabelecer respostas dogmaticamente mais adequadas ao dilema enfrentado entre a exceção soberana e às pressões de sentido normativo decorrentes de ordens jurídicas transfronteiras. Nesse ambiente, a jurisdição estatal contemporânea encontra-se tensionada por pretensões de normatividade sobrepostas, haja vista que os problemas centrais que levaram a eclosão do constitucionalismo (limitação dos poderes e garantia de direitos) são comuns (quando não idênticos) a diversas ordens normativas no orbe mundial. Ao serem avalizadas as relações entre soberania e constitucionalismo, constata-se um movimento diacrônico entre ambos, inseridos em um processo de contínuo depauperamento das pretensões solipsistas do sistema político. Conclui-se que a atual fragmentação transnormativa do direito aliado ao próprio desenvolvimento do paradigma constitucional tornam anacrônicas quaisquer pretensões jurídicas monocárdicas, como consagrado na figura antropomórfica do Leviatã hobbesiano.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalismo; Soberania; Globalização.

## **REQUIEM FOR LEVIATHAN: BEYOND WESTPHALIAN PARADIGM.**

### **ABSTRACT**

The following paper has as object to analyze, under the systemic epistemological reference, the new challenges posed to the effectiveness of Law facing the inherent collision among legal regimes in a global society. In this respect, by bibliographic qualitative exploratory research, this study aims to establish more appropriate dogmatic responses to the constitutional dilemma faced between the sovereign exception and the normative meanings pressures arising from cross-border legal orders. In this environment, the contemporary state jurisdiction is tensioned by overlapping claims of normativity, since the core problems that led to the outbreak of constitutionalism (limitation of powers and guarantee of rights) are common (if not identical) to various normative orders in world stage. Once examined the relations between sovereignty and constitutionalism, it's noted a diachronic movement between both, inserted in a continuous process of depletion of the political system solipsistic pretensions. It is concluded that the actual transnormative fragmentation of Law, ally to the constitutional paradigm development itself, renders anachronistic any monochordic juridical pretensions, as enshrined in the anthropomorphic figure of the Hobbesian Leviathan.

**KEY WORDS:** Constitutionalism; Sovereignty; Globalization.

## INTRODUÇÃO

Conceito chave tanto da Teoria Geral do Estado quanto do Direito Internacional, a metáfora antropomórfica do Leviatã fora utilizada por Thomas Hobbes<sup>1</sup> para ilustrar a incontratabilidade do poder estatal emerso como força ordenadora da comunidade política. No âmbito internacional, o excogitado monstro bíblico encontra-se “entre iguais”, sujeito à máxima *par in parem non habet imperium*. A ausência de algum terceiro<sup>2</sup> com capacidade de composição pacífica dos conflitos interestatais enseja a construção de um modelo político de caracteres marcadamente anárquicos<sup>3</sup>, aparentemente imune aos ditames constitucionais do sistema jurídico. Não obstante, os avanços relacionados à interdependência normativa no seio da sociedade global impingem fortes impactos a esse mito solipsista soberano no que tange à efetividade do direito na contemporaneidade.

Ocorre que a jurisdição estatal contemporânea encontra-se pressionada por sentidos normativos oriundos de regimes jurídicos dos mais diversos no plano mundial. A dificuldade reside no fato de que, para além das pretensões monologantes do Estado, há, por exemplo, a proliferação de jurisdições internacionais de direitos humanos, a ascensão de aspirações supranacionais de direito comunitário, a reivindicação de normatividade extraestatal de coletividades indígenas e a autonomização regulatória de espaços normativos transnacionais como relacionadas ao desporto (*Lex sportiva*), a relações econômicas (*Lex mercatoria*), e mesmo ao espaço virtual (*Lex digitalis*). Em outras palavras, e “o Leviatã se vê perdido diante da complexidade social<sup>4</sup>”.

Nessa senda, o direito estatal ou o direito internacional são apenas alguns dos múltiplos *loci* emanadores de juridicidade em uma sociedade global multifacetária, uma “*unitas multiplex*”<sup>5</sup>. O desafio da efetividade do direito na contemporaneidade perpassa necessariamente em lidar com essa pluralidade sem cair em (des) ilusões, atuando como um “modelo estrutural de conexão entre esferas funcionais fragmentadas da sociedade mundial<sup>6</sup>”. Esse entrelaçamento transnormativo configura uma problemática crescente no cenário mundial, cujo enfrentamento revela-se imperativo inescusável por parte da dogmática jurídica contemporânea.

---

<sup>1</sup> HOBBS, Thomas. *Leviathan or the matter, form & power of a commonwealth ecclesiasticall and civill*. London: McMaster University, 1651.

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. *O terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra*. Barueri: Manole, 2009.

<sup>3</sup> ARON, Raymond. *Paz e guerra entre as nações*. Brasília: UnB, 1986.

<sup>4</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.242.

<sup>5</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.26.

<sup>6</sup> *Ibidem*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.288.

O presente artigo propõe-se justamente a problematizar o paradigma estatizante de efetividade do direito transfronteiras. Para esse mister, em um primeiro momento, objetiva-se situar a (des) construção do marco jurídico-político westphaliano e traçar as condições de sua superação. Em um segundo momento, é empreendido uma genealogia compreensiva do desenvolvimento paradigmático do constitucionalismo. Por fim, examinam-se os impactos hodiernos da globalização sobre o construto solipsista soberano e a radical mudança de perspectiva que se opera no seio da efetividade do direito na atualidade. Objetiva-se, assim, evitar profilaticamente lidar com os novos desafios do constitucionalismo contemporâneo com os olhos de antanho.

## 1. DA (DES) CONSTRUÇÃO DO ESTADO SOBERANO

Para melhor compreender os dilemas atuais da efetividade do direito na contemporaneidade, mister se faz necessário analisar as origens históricas que balizam sua estrutura normativa, especialmente a conformação soberana do Estado moderno como limite territorial do exercício da atividade jurisdicional. O Estado soberano, “maior obra de engenharia política de todos os tempos<sup>7</sup>”, é um reflexo das pretensões racionais metaordenadoras da modernidade. Sua estruturação não é uma regularidade, senão uma singularidade histórica. O *imperium* romano, a *polis* helena, o *foedus* medievo são exemplos de organizações outras da comunidade política no correr da história do Ocidente. O Estado soberano contrapõe-se ao transjuridicismo medieval, caracterizado este último, pela desdiferenciação funcional no qual as diversas esferas de comunicação social (arte, saber, direito, economia) encontravam-se em larga medida subordinadas à religião.

Nesse modelo, em termos de integração social, prevalece o padrão estamental de pertinência a dada camada social em termos de *status* atribuído e uma organização de hierarquias jurídico-políticas sobrepostas, por vezes contraditórias, e em permanente disputa. Esse arranjo disperso de poderes pode ser ilustrado, por exemplo, com as pretensões normativas concorrentes de feudos, corporações de ofício, ordens religiosas, cidades-livres e, especialmente, as relações de força entre o *Sacrum Imperium* germânico e a *Sancta Sedes* romana. Na descrição de Paulo Bonavides<sup>8</sup> “a cúria e o Império lutam entre si pela

---

<sup>7</sup>BEDIN, Gilmar Antônio. *A sociedade internacional e o século XXI*. Ijuí: Editora Unijuí, 2001, p.21.

<sup>8</sup>BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p.234.

supremacia do poder político. Dois gládios se defrontam, duas ordens se hostilizam: a ordem temporal e a ordem espiritual, a coroa e o sacerdócio, Cristo e César”.

Sob uma leitura sistêmica, as exigências funcionais decorrentes do aumento de complexidade social incidente na Alta Idade Média, contudo, fazem com que esse modelo fragmentário de organização política paulatinamente torne-se anacrônico. Novas problemáticas descortinam-se no horizonte social gerando pressões de sentido que tornam obsoletas as respostas até então elaboradas. Esse ambiente de transição enseja então diferenciações comunicativas funcionalmente diferenciadas.

A unificação jurídico-política torna-se um imperativo sistêmico da autonomização da esfera econômica, conquanto garantidor da liberdade negocial e livre acumulação de riquezas, pressupostos elementares da dinâmica capitalista então incipiente. A centralização política refratária a pretensões de autoridade externas transnacionais ou internas, pautadas por lealdades feudais, abrange o monopólio do uso da força em determinado espaço territorial bem definido: a fronteira estatal. Como consequência, o Estado passa a ser o *locus* privilegiado de articulação institucional da comunidade política sob um matiz “territorialista e monologante”<sup>9</sup>.

Em um primeiro momento, o modelo de organização política centrado na figura do monarca, recorre à ficção dos “Dois corpos do Rei<sup>10</sup>”, na qual se transpõe ao soberano a dualidade simbólica do corpo de Cristo: de um lado, o corpo físico mortal e falível; de outro, sua dimensão mística, perene e incontrastável. Desse modo, garante-se simbolicamente a continuidade política do Estado, independente de crises dinástico-sucessórias. Nesse contexto, figura-se de fundamental importância o papel dos juristas (*légistes*), construtores da legitimidade jurídica do poder político, tendo sido usados tanto para limitar, como para reforçar o poder real<sup>11</sup>.

A centralização da ordem política consubstanciada pelo Estado soberano passa a ocupar em termos de autoridade (*auctoritas*), o *locus* da tradição e da religião. A relação súdito-soberano torna-se sem intermediários, a partir da noção de apossamento, concentração dos poderes de *dominium*. O poder absolutista “via a sociedade como uma terra devoluta a ser colonizada,

---

<sup>9</sup>TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *A teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.119.

<sup>10</sup>OST, François. *O tempo do direito*. São Paulo: Edusc, 2005, p.242.

<sup>11</sup>FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

legislada, urdida num padrão selecionado<sup>12</sup>”. Vigê a máxima *princeps legibus solutus est* e o *jus imperium* torna-se praticamente sem limites.

Essa conjuntura enseja a imutabilidade estrutural do direito a partir da inquestionabilidade do *establishment* político. Esvanece-se, portanto, a força coativa dos dispersos poderes intermediários (*pouvoir intermédiaires*) então até então vigentes na sociedade medieval, especialmente as pretensões hegemônicas do código comunicativo religioso. Pode-se dizer que o ente estatal passa “a ocupar o posto de Deus em fuga<sup>13</sup>”.

Essa dessacralização da esfera política é captada e reproduzida por Niccolò Machiavelli. Com o autor de *Il Principe* a política passa a ser descrita enquanto dado estritamente fático-secular e não reflexo de certa ordem divina. A perícia da política torna-se a arte do possível; a *virtù* do príncipe não reside mais em alguma ética cristã, mas no equilíbrio entre astúcia e força teleologicamente voltado a ser bem-sucedido no jogo político. A atribuição conotativa negativa atribuída a expressão “maquiavélico” deriva justamente dessa dissociação comunicativa entre política e moral realizada pelo pensador florentino que aduz ser ao príncipe, necessário que “aprenda a ser mau e que se valha ou deixe de valer-se disso segundo a necessidade<sup>14</sup>”.

Se Deus se despedira da política e da história, o poder tornara-se “ilimitável<sup>15</sup>”; “uma força verdadeiramente fabulosa<sup>16</sup>”. É nesse contexto que pode ser compreendido o conceito clássico de soberania entendido como “poder absoluto e perpétuo investido em uma República<sup>17</sup>” (*Majestas est summa in cives ac subditos legibus quae soluta potestas*), cristalizado na relação de comando e obediência. É a “laicização da *plenitudo potestatis*<sup>18</sup>” que marca o absolutismo do Estado soberano em sua origem. Essa laicização, contudo, não se deu sem conflito. Desse

---

<sup>12</sup>BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p.49.

<sup>13</sup>ORTEGA Y GASSET, José. *O homem e a gente*. Rio de Janeiro: Ibero-Americano, 1960, p.69.

<sup>14</sup>Tradução livre do original: “*imparare a potere essere non buono, et usarlo e non usare secondo la necessità*” (MACHIARELLI, Niccolò. *Il principe*. Torino: Einaudi, 1961, p.58).

<sup>15</sup>Dessa circunstância que decorre a tese da irresponsabilidade absoluta do monarca ilustrada no adágio *The King can do no wrong* (O Rei não pode fazer nada de errado). Sob a égide do absolutismo, a razão do Estado restava inquestionável, como bem ilustra a pena capital dos crimes de lesa-majestade (FOUCAULT, Michel. *Nascimento de la biopolítica: curso en el Collège de France 1978-1979*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007).

<sup>16</sup>BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p.49.

<sup>17</sup>Tradução livre do original: “*absolute and perpetual power vested in a commonwealth*” (BODIN, Jean. *Six books of the commonwealth*. Oxford: Basil Blackwell, 2012). Importante destacar que a *opus magum* de Bodin (2012), “*Les Six Livres de la République*”, fora escrito apenas alguns anos após a Noite de São Bartolomeu encontrando-se a França mergulhada na guerra civil que levaria Henrique de Navarra ao poder, de onde se denota sua preocupação em assentar um modelo de Estado que se sobreponha às dilacerantes disputas religiosas de seu tempo.

<sup>18</sup>BEDIN, Gilmar Antônio. *A sociedade internacional e o século XXI*. Ijuí: Editora Unijuí, 2001, p.117.

modo, o preceito *cuius regio, eius religio*, instituído pela Paz de Augsburgo (1555), que reconhece a existência dos Estados protestantes no seio do Sacro Império Romano Germânico, só foi estabelecido ao final e ao cabo de guerras religiosas. Igualmente, a diretriz *Rex In Regno Suo Est Imperator* instaurada pelo Tratado de Westphalia (1648) fora resultado direto da Guerra dos Trinta anos<sup>19</sup>.

À celebração deste instrumento é comumente atribuída a derrocada das pretensões de autoridade supraestatal tanto da Igreja quanto do Império marcando de maneira indelével, a ascensão do Estado soberano como protagonista político no cenário internacional. Por sua relevância e dimensão<sup>20</sup>, Westphalia é considerado o marco central de consolidação da soberania estatal consubstanciada pelo brocardo *potesta superiorem non recognoscens*<sup>21</sup>.

Esse entendimento, porém é atualmente questionado por autores internacionalistas, construtivistas como Andreas Osiander<sup>22</sup>, que reputam ser Westphalia longe de uma pedra angular (*cornerstone*) de construção do modelo de estado soberano moderno, mas um evento que servira mais a confirmar as peculiaridades do arranjo político descentralizado do transjuridicismo medieval. Nesse sentido, cita como exemplo que o preceito *Dux cliav est papa in territoris sui* de Augsburgo, considerado então uma das razões da Guerra dos Trinta Anos, fora “congelado” em Westphalia. Ou seja, em última instância, antes de referendar a soberania do (s) príncipe (s), os tratados de 1648 os impediram doravante de mudar o *status* que gozavam na dieta imperial (*Reichstag*), a qual permaneciam vinculados.

Sob essa perspectiva, o modelo de Estado soberano é entendido como uma construção gradual cujo ponto culminante fora, no campo político-institucional, a Revolução Francesa e, no plano econômico, o advento do capitalismo industrial. Segundo Osiander, uma das razões da ênfase dada a Westphalia decorre de um equívoco de tradução da expressão utilizada no tratado “*landeshoheit*”, como soberania. Em realidade, segundo o autor, seu significado correto

---

<sup>19</sup>A Guerra dos Trinta anos trata-se de conflito bélico iniciado precipuamente com a investida do Sacro-Império destinada a esmagar o crescimento protestante na Boêmia. Esse movimento acabou por contrapor uma Áustria monárquica e católica aos principados alemães protestantes, logo se espalhando por toda a Europa seja por motivos políticos como religiosos. De um lado os Habsburgo (o Rei de Espanha e o Imperador) alinhados ao Papa e potentados católicos e, de outro, principados germânicos, a Suécia e a França de Richelieu que, apesar de Católica, buscava contrabalançar as pretensões hegemônicas dos Habsburgo.

<sup>20</sup>Para se ter uma noção, nas conferências preparatórias de Münster (*Instrumentum Pacis Monasteriense*) entre potências protestantes e Osnabrück (*Instrumentum Pacis Osnabrugense*) entre potências católicas, reuniram-se mais de 145 delegações diplomáticas, fato sem precedentes na história política o que revela, e que pese o criticismo contemporâneo, a importância de Westphalia na conformação internacional das relações entre Estados soberanos.

<sup>21</sup>TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *A teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.71.

<sup>22</sup>OSIANDER, Andreas. Sovereignty, international relations, and the westphalian myth. *International Organization*. Cambridge, v.55, n.2, p.251-287, 2001.

corresponde ao exercício jurisdicional dos principados germânicos (*reichsstände*), algo inerente ao do modelo des-hieraquizado da própria organização política do Império. A menção a Westphalia serviria, em verdade, para legitimar retroativamente o novo modelo instaurado de fato pela *prise de la Bastille*.

Nesse contexto, outro utensílio de legitimidade política fora o advento da nacionalidade, como mecanismo de integração simbólica com fins promotores de solidariedade social. A nação vem, então, ocupar o lugar das filiações descentralizadas da Idade Média, não de modo naturalístico, senão por um esforço político concentrado. O nacionalismo então se origina “da desesperada esperança de que a clareza e segurança das existências possam ser reconstruídas num nível mais elevado e supralocal da organização social<sup>23</sup>”. Essa reconstrução identitária tem na Revolução Francesa um exemplo assaz ilustrativo. Uma das mudanças operadas pela assembleia constituinte fora a mudança da titulação do monarca de rei de França para rei dos franceses<sup>24</sup>, justamente para enfatizar o critério legitimador de nacionalidade. Em outras palavras, “*la revolución francesa hace necesario el concepto de nación para reemplazar al monarca sin perder la unidad*<sup>25</sup>”. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do cidadão é sintomática ao consagrar, em seu art. 3º que: “o princípio de toda soberania reside essencialmente, na nação<sup>26</sup>”.

Independente de seu marco simbólico, ao ser gradativamente despido de seu fundamento teocrático, a *suprema potestas* estatal recai no paradoxo funcional de fundamentar a si mesma. Para se desparadoxar, faz-se necessário que o poder político recorra a um elemento externo a sua própria estrutura. Para tanto, são concebidas as justificações jusracionalistas do poder do Estado, como demonstram as célebres teses contratualistas da Ilustração.

Nesses termos, Thomas Hobbes concebe o estado de natureza humano como uma situação de “guerra de todos contra todos<sup>27</sup>”, no qual o homem é o lobo do homem (*homo homini lupus*) e vige a ansiedade permanente da calamidade como Prometeu, permanentemente sujeito á águia

---

<sup>23</sup>BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p.238.

<sup>24</sup>DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos*. Da Idade Média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010, p.129.

<sup>25</sup>RODRÍGUEZ, Darío. Los limites del Estado en la sociedad mundial. In: NEVES, Marcelo (Org.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin: 2010, p.26.

<sup>26</sup>Tradução livre do original: “*Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation*”.

<sup>27</sup>Tradução livre do original: “*War of every man against every man*” (HOBBS, Thomas. *Leviathan or the matter, form, & power of a commonwealth ecclesiasticall and civill*. London: McMaster University, 1651, p.77).

devoradora de suas entranhas<sup>28</sup>. Nesse contexto, os indivíduos, em busca de maior segurança em suas relações, cedem sua liberdade em prol de uma fonte de poder político incontestável: o Leviatã. Para o filósofo de Malmesbury, contudo, ao contrário do que comumente se consigna, esse Leviatã não representa pura e simplesmente a opressão estatal, senão o *primum bonum* de civilidade humana, posto que sua finalidade última é garantir a segurança e bem-estar (*salus populis*) da população sob a qual exerce a soberania.

Por sua vez, Jean Jaques Rousseau não entende que o estado de natureza seja caracterizado pelo conflito (certo ou eventual). Ao contrário, este é o espaço do *bon sauvage*, o qual a sociedade civil corrompe. O Estado surge como mecanismo mitigador dessa corrupção, através da garantia de participação política em igualdade de condições. Rousseau mantém a perspectiva de contrato social e a incontestabilidade soberana, mas retira sua titularidade do todo-poderoso Leviatã e a põe no povo. A autoridade estatal não deriva de algum “terror prometeico” como em Hobbes, “não sendo a soberania outra coisa que não o exercício da vontade geral<sup>29</sup>”.

Por seu turno, John Locke, entende que a guerra de todos contra todos hobbesiana não é uma constante do estado da natureza, mas um acontecimento circunstancial. O Estado surge para evitar que esta situação ocorra, não sob uma perspectiva incontestável, senão pelo reconhecimento de uma autoridade superior (*standing rule*) que estabelece instituições públicas e um governo civil garantidor dos direitos naturais: a propriedade, a vida e a liberdade. Locke, já as vistas dos excessos cometidos no processo revolucionário, volta-se às limitações do poder soberano sob um veio liberal, cuja característica precípua é que a “comunidade perpetuamente detém um poder supremo de salvaguarda em face de assaltos e desígnios de quem quer que seja, inclusive seu legislador<sup>30</sup>”.

Em suma, nos dizeres de Friedrich Müller<sup>31</sup>, se em Hobbes, a soberania do príncipe encontra-se desenvolvida até as últimas consequências, Rousseau lhe contrapõe a soberania popular

---

<sup>28</sup>Hobbes vivencia os momentos mais conturbados da história política da Inglaterra emergente da guerra civil de Cromwell, a qual dedica, já octogenário, outra obra com alusão a um demônio bíblico: Beemoth ou o longo parlamento. Seu próprio nascimento ocorrera quando do confronto entre a marinha britânica e a Armada espanhola na célebre batalha de Trafalgar. Não é mera coincidência que Hobbes chama a si mesmo de “filho do medo e amante da paz” (SOUKI, Nadia. *Behemoth contra Leviatã*. Guerra civil na filosofia de Thomas Hobbes. São Paulo: Loyola, 2008, p.28).

<sup>29</sup>Tradução livre do original: “*la Souveraineté, n'étant que l'exercice de la Volonté Générale*” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social ou principes du droit politique*. Amsterdam: Marc Michel, 1762, p.20)

<sup>30</sup>Tradução livre do original: “*community perpetually retains a supreme power of saving themselves from the attempts and designs of anybody, even of their legislators*” (LOCKE, John. *Two treatises of government*. London: McMaster University, 1823, p.169).

<sup>31</sup>MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.



radicalmente democrática; entre ambos, em posição intermediária, encontra-se o modelo liberal de tutela de direitos como fonte jurídica suprema do Estado de Locke. Se anteriormente às teorias contratualistas, sem recorrer a elementos outros senão sua própria faticidade, o poder do Estado soberano engendrara uma tendência à absolutização, durante a Ilustração, “o direito de soberania transforma-se também num direito de sistematização centralizada das normas de exercício do poder de gestão<sup>32</sup>”.

Em termos sistêmicos, se a primeira fase de formação do Estado caracterizou-se pelo processo de diferenciação funcional da política em face de outras formas de emanação de autoridade como a religião, sua segunda etapa corresponde à autonomização do direito em face da política. A vontade de potência do soberano passa então a restringir-se diante da ordem emanada do sistema jurídico, no qual o poder apenas deve ser exercido *Sit rationabile obsequium vestrum*<sup>33</sup>. Em outras palavras, pode-se dizer que o poder supremo do Estado é depauperado pela juridicidade de um constitucionalismo ascendente. O Estado de força (*Machstaat*) passa paulatinamente a ser Estado de direito (*Rechtsstaat*), o poder de fato dá lugar ao poder da lei, o súdito dá lugar ao cidadão. Os direitos não são mais concebidos como outorgados (*octoyées*) pelo soberano, espécie de “timoneiro” ou *governator*<sup>34</sup>. A *civitas* passa a anteceder a *potestas*, e a relação política deixa de ter uma referência *ex parte principis* em prol da dimensão *ex parte civium*<sup>35</sup>. Essa nova estrutura garante remédios contra o abuso de poder (*tyrannus quoad exercitium*) destituído de legitimidade (*tyrannus absque titulo*) mediante, *vg* a constitucionalização da oposição e a investidura popular e temporária dos governantes<sup>36</sup>. Ou seja, não se trata mais de *rex facit legem*, mas *Lex facit regem*<sup>37</sup>.

Nos termos de Wiston Nagan<sup>38</sup>, a ideia de soberania sofre um deslocamento (*shift*) de uma acepção absoluta, à dimensão democrática consubstanciada na fórmula “nós, o povo” (*We the people*), o qual “saiu de seu mutismo e assume doravante o tempo contínuo de uma democracia do dia a dia<sup>39</sup>”. Essa democracia realiza-se em “*un juego complejo entre derechos*

---

<sup>32</sup>FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2007, p.180.

<sup>33</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *A teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.11.

<sup>34</sup>BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 2004, p.93-94.

<sup>35</sup>*Ibidem*, São Paulo: Campus, 2004, p.107.

<sup>36</sup>*Ibidem*, São Paulo: Campus, 2004, p.135-137.

<sup>37</sup>ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2009, p.21.

<sup>38</sup>NAGAN, Wiston. *The emerging restrictions on sovereign immunity: peremptory norms of international law*. Disponível em: <[http://works.bepress.com/winston\\_nagan](http://works.bepress.com/winston_nagan)>. Acesso em: 11 jul. 2013.

<sup>39</sup>OST, François. *O tempo do direito*. São Paulo: Edusc, 2005, p.248.

*fundamentales e independencia de los gobernados*<sup>40</sup>”, por meio dos quais “*los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder*<sup>41</sup>”. Se o “Estado feudal mais antigo e ainda o Estado absolutista fundamentavam a sua legitimidade no supramundano (*Überwelt*), o Estado Constitucional burguês funda-o na legalidade e com isso por um lado na imanência (*Diesseits*)<sup>42</sup>”.

A Constituição passa então a definir “limites e regras para o exercício do poder político [...] como garantia contra o absolutismo<sup>43</sup>”. Mesmo com o desenvolvimento do Estado moderno, a pretensa incontratabilidade externa do conceito de soberania permaneceu imune aos postulados de limitação de poder característicos do constitucionalismo. Desse modo, autores como Umberto Campagnolo, cujo trabalho mereceu uma atenta crítica de Hans Kelsen<sup>44</sup>, vieram a apresentá-la como uma qualidade científico-objetiva, imediatamente cognoscível do Estado. Kelsen, em objeção a esse entendimento, acertadamente pondera que, na realidade, a definição de Estado reflete certa posição ideológica, da qual se deduz características tidas como essenciais para albergar-lhe a suposta “naturalidade” de sua existência.

Não obstante a crítica kelseneana e sua defesa em prol do monismo jurídico internacionalista<sup>45</sup>, consagrou-se, na prática jurídica, a submissão da soberania à ordem jurídica no plano interno, mas a assunção de uma natureza anárquica, no plano externo. Essa dúplice feição da soberania, horizontalidade externa e verticalidade interna, “não ingerência” e “icomensurabilidade<sup>46</sup>”; “*particularista hacia afuera y universalista hacia dentro*<sup>47</sup>”, constituem grandes óbices à efetividade do direito contemporâneo. Seu desenvolvimento e superação encontram-se indissociável da dimensão histórica do constitucionalismo, como será visto a seguir.

---

<sup>40</sup>FOUCAULT, Michel. Nascimento de la biopolítica: curso en el Collège de France - 1978-1979. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007, p.64.

<sup>41</sup>LOWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Barcelona. Ariel, 1964, p.149.

<sup>42</sup>MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.105.

<sup>43</sup>DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos*. Da Idade Média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010, p.101.

<sup>44</sup>KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito internacional e Estado soberano*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>45</sup>Não parece ser contraditória a posição de Hans Kelsen como acusa Umberto Campagnolo. De um lado, do ponto de vista da Ciência do Direito, decerto, resta indiferente se a fundamentação última do ordenamento jurídico, a *grundnorm*, assenta-se na conjuntura do Estado nacional ou da comunidade internacional. Essa posição, contudo, não ilide a posição pessoal de Kelsen em considerar que a segunda alternativa resta mais adequada para a consecução dos fins últimos do direito.

<sup>46</sup>ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2009, p.10.

<sup>47</sup>RODRÍGUEZ, Darío. Los limites del Estado en la sociedad mundial. In: NEVES, Marcelo (Org.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.27.

## 2. DA EVOLUÇÃO PARADIGMÁTICA DO CONSTITUCIONALISMO

Ao se falar em constitucionalismo, resta imprescindível estabelecer a delimitação semântica do termo Constituição, tornar claro sua dimensão vista pré-compreensiva<sup>48</sup>, de modo a imunizá-lo contra “falácias da ambiguidade” ou “jogos de linguagem” estranhos a sua respectiva “forma da vida<sup>49</sup>”. Nesses termos, o conceito de Constituição à luz do referencial sistêmico refere-se à estruturação de uma ordem diferenciada de comunicação imunizadora do sistema jurídico em face do sistema político, proporcionando simultaneamente um espaço privilegiado de interação entre ambos. Nessa senda, o conceito de Constituição remete aos limites organizativos do poder do Estado (tripartição funcional) e a emergência de direitos e garantias fundamentais em um ambiente de heterogeneidade social<sup>50</sup>. Nesses termos, do ponto de vista sistêmico, a ordem constitucional refere-se a uma conquista evolutiva específica da sociedade moderna, na qual à imposição da sujeição política dos súditos, é oposto o exercício da cidadania jurídica mediante um uso linguístico inovador. Em outras palavras, o sentido moderno de Constituição deriva da pressão semântica do direito, enquanto ordem comunicativa autônoma, sobre o poder político do Estado, controlando-o.

O constitucionalismo sucede o particularismo dos Pactos de Poder característicos da transição da Idade Média à modernidade<sup>51</sup>, podendo ser estes últimos entendidos mais como meros contratos de domínio (*Herrschaftsverträge*), reflexos dos próprios costumes medievais como a prática da *diffidatio*<sup>52</sup>. Esses pactos caracterizam-se pela linguagem particularista e excludente (semântica restrita), estrutura fática (meramente modificadora de poder), por tratarem de temas pontuais e por serem pautadas pelo direito natural. A Constituição moderna envolve, por seu turno, configuração diversa: linguagem universalista e includente (semântica

---

<sup>48</sup>No sentido gadameriano de “*Vorverständnis*”.

<sup>49</sup>NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.3.

<sup>50</sup>Constata-se, pois, que há certa concordância acerca do conteúdo material da Constituição entre essa e outras concepções do termo, como a própria noção de Constituição em sentido material de Carl Schmitt (*The Crisis of Parliamentary Democracy*. Cambridge: MIT Press, 2000). Ademais, não colide com este conceito a concepção de ordem constitucional conquanto estatuto jurídico da comunidade política como faz Gomes Canotilho (*Direito constitucional*. Livraria Almedina: Coimbra, 1993), ou que seu telos ordacional (*Ordnungsfunktion*) envolve necessariamente o controle do poder político por seus destinatários, como aduz Karl Lowenstein (*Teoria de la constitución*. Barcelona. Ariel, 1964).

<sup>51</sup>Como a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679); a *Bill of Rights* (1689); dentre outros (DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos*. Da Idade Média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010).

<sup>52</sup>MARSHALL, James. *Espadas e símbolos: a técnica da soberania*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.16.

ampliada), estrutura normativa, (constituente e vinculante do poder), alinhamento a temas abrangentes e fundamentação por direito positivo. Em outras palavras, aqueles pactos correspondem mais a concessões recíprocas entre os estratos políticos dominantes do que à autonomia funcional do sistema jurídico como garante de direitos. Em suma, é esta concepção de Constituição que servirá de pré-compreensão para os ulteriores desdobramentos teóricos deste artigo.

Em sua configuração clássica, o constitucionalismo surge no esteio de limitação do poder soberano por meio de documentos escritos, tendo como marco fundamental<sup>53</sup> tanto a Constituição francesa (1791) como a americana (1787). Sua estrutura é pautada pela vedação do arbítrio estatal mediante a instituição de um modelo legal (cível), com a definição de direitos (de defesa) do cidadão. O constitucionalismo clássico figura como reflexo do ideário liberal absenteísta, consubstanciado na conhecida expressão *laissez faire, laissez passer que le monde va de lui-même*. Ao Estado cabe apenas intervir para resolução de conflitos pontuais no corpo social; é a égide do modelo de estado policial (*polizeistaat*), *gendarme* ou *night watchman*.

Nesse contexto, a Constituição, em que pese sua relevância simbólica, resume-se a mero instrumento de governo, regulamentando as funções de organização e de processo da decisão política. Esse modelo assenta-se em uma separação estrita entre Estado e sociedade, algo refletido no resgate à distinção romanística entre direito público e privado, que reforça o “dogmatismo individualista que centra no homem atomizado o eixo das relações de poder da sociedade<sup>54</sup>”. De caráter instrumental, o constitucionalismo clássico passa em larga medida à margem da regulação social em seus primórdios, oportunizando espaço privilegiado para as codificações oitocentistas. Não é por outra razão que “a teoria jurídica foi, no início, e por muitas décadas, apenas teoria civilista<sup>55</sup>”.

Não obstante, logo o padrão absenteísta do constitucionalismo clássico demonstrou-se insuficiente para lidar com a crescente complexidade das relações sociais e a conflituosidade objetiva daí derivada. Notadamente vale referendar as repercussões da doutrina marxista especialmente após a publicação do Manifesto do Partido Comunista em 1848, o modelo de

---

<sup>53</sup>Do que não se olvida que cada uma dessas cartas irá engendrar um modelo de controle de constitucionalidade radicalmente distinto, um pautado pela lógica estanque de *séparation du pouvoir* e o outro pelo equilíbrio dinâmico de *checks and balances*. O constitucionalismo consuetudinário britânico, em que pese a relevância histórica, não será aqui objeto de análise.

<sup>54</sup>CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.16.

<sup>55</sup>DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos. Da Idade Média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.102.

previdência social implantado pioneiramente por Bismarck na Alemanha em 1883, além da própria encíclica papal *Rerum Novarum* do papa Leão XII em 1891. Nesses termos, no início do século XX, duas Cartas marcam o advento de um novo modelo de constitucionalismo, as Constituições sociais do México (1917) e de Weimar (1919), ambas proporcionando a transição para uma nova concepção de Estado constitucional, não mais limitada à função de *gendarme*, mas investido de características promocionais.

Essa transição de modelos constitucionais é emblematicamente refletida pelo debate de Weimar<sup>56</sup>, no qual o conceito clássico de Constituição, de matiz instrumental é posto em cheque pelas demandas impostas pelo novel regime político. Ou seja, trata-se de se levar em consideração, ou não, opções políticas substanciais na metodologia de compreensão constitucional, cuja programaticidade social ameaça dissolver o modelo de juridicidade liberal<sup>57</sup>. A instrumentalidade governamental da Carta Magna, característica do constitucionalismo clássico (e que fora o objeto da crítica por parte de Ferdinand Lassalle<sup>58</sup>), cede lugar a novas concepções sobre sua estrutura, natureza e finalidade. Passando a Constituição a ocupar cada vez mais o centro normativo irradiador da comunidade política, figura-se premente definir quem seria seu guardião (*Wer soll der Hüter der Verfassung sein*<sup>59</sup>). Em outras palavras, quem deve ser o intérprete último do texto constitucional<sup>60</sup>. A aceção jurídica kelseneana e política schmittiana disputam aqui primazia<sup>61</sup>.

O debate de Weimar lança as bases para a conformação de um novo paradigma incidente sobre a efetividade do direito no pós-guerra, o neoconstitucionalismo<sup>62</sup>. Dentre suas principais

---

<sup>56</sup>BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. São Paulo, n.61, p.5-24, 2004.

<sup>57</sup>OST, François. *O tempo do direito*. São Paulo: Edusc, 2005.

<sup>58</sup> LASSALLE, Ferdinand. A essência da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1987.

<sup>59</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.239-298.

<sup>60</sup>Ou quem cabe “errar por último” na espirituosa dicção de Ruy Barbosa, lembrada por Celso de Melo no julgamento da Ação Penal 470.

<sup>61</sup>Carl Schmitt busca capitalizar a concepção de *pouvoir neutre* de Henri-Benjamin Constant, de modo a hipertrofiar o papel de unidade atribuído pela própria Constituição alemã ao Executivo do Reich, em detrimento das supostas convulsões derivadas do pluralismo representativo do Reichstag. De certo modo a perspectiva schmittiana garantiu o substrato teórico para a formulação do *Führerprinzip* e as consequências daí derivadas. Hans Kelsen, por seu turno, aponta o total desvirtuamento do pensamento de Constant, asseverando que o poder neutro tem como pressuposto a cisão entre funções de governo e chefia de Estado, sendo absolutamente incompatível com um Executivo forte. Sua opção de guarda da Constituição se opunha à alternativa de Schmitt, privilegiando a criação de um Tribunal Constitucional, o que marcou o modelo austríaco de controle de constitucionalidade.

<sup>62</sup>Ou neoconstitucionalismo(s), assim, no plural, haja a vista a plêiade de teóricos das mais variadas matizes que cerram fileiras nesse paradigma: “há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas” (SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: teoria da Constituição*. Salvador: JusPodivm, 2009, p.1). Vale dizer

características, nos termos assaz iluminadores de Konrad Hesse<sup>63</sup>, destaca-se a consagração da força normativa da Constituição (*Die normative Kraft der verfassung*), segundo a qual, a efetividade do direito está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*), dentro dos limites da natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Se no constitucionalismo clássico havia de certo modo o tratamento jusprivatístico das Constituições, no neoconstitucionalismo passa a haver o tratamento juspublicístico das codificações, inclusive com a irradiação horizontal (*Drittwirkung*) de eficácia das normas de direitos fundamentais.

Parelo ao neoconstitucionalismo, igualmente no pós-guerra<sup>64</sup>, exsurge um novo modelo de Estado constitucional: o Estado-Providência (*État providence*). Esse modelo consigna “certo grau de intervenção estatal na atividade econômica, tendo por objetivo assegurar aos particulares um mínimo de igualdade material e liberdade real na vida em sociedade, bem como a garantia de condições materiais mínimas para uma existência digna<sup>65</sup>”. Nesses termos, para além dos direitos fundamentais de primeira geração<sup>66</sup>, essencialmente negativos, no sentido de proteção do cidadão frente ao Leviatã, surgem os direitos chamados de segunda (econômicos e sociais) e de terceira geração (inspirados nos valores da solidariedade).

A discussão acerca da efetividade do direito sofre o refluxo da incorporação de conteúdos normativos não mais meramente condicionais, mas finalísticos, verdadeiras “pretensões a conformação do futuro” (*Zukunftgestaltung*), espaço de deliberação tradicionalmente político<sup>67</sup>. Essa circunstância opera uma transmutação que incorpora ao discurso jurídico-argumentativo certo arcabouço político-moral que “afrouxa” a deferência do Judiciário para com o Legislador e, conseqüentemente, dá margem a uma “ampliação do espaço de decisão judicial<sup>68</sup>”. Trata-se do que se convencionou chamar de virada kantiana (*kantische Wende*),

---

que, embora o marco normativo do neoconstitucionalismo seja a Lei Fundamental de Bonn (1949), praticamente apenas após a Constituição de 1988 que esse modelo passa a ser predominante no Brasil. O “neo”, como se vê, não é tão novo assim.

<sup>63</sup>HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991, p.24-25.

<sup>64</sup>No particular, François Ost (*O tempo do direito*. São Paulo: Edusc, 2005, p.318) faz referência, como marco central à consubstanciação do Estado Providência, ainda no bojo da II Grande Guerra, a edição do célebre relatório Beveridge de 1942 sobre segurança social das tropas aliadas (*Social Insurance and Allied Services*).

<sup>65</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 1, p.1-46, 2001, p.4.

<sup>66</sup>Utiliza-se aqui a tipologia clássica consagrada por Karel Vasak em 1979 quando proferida aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estraburgo, embora sejam consideradas pertinentes as críticas que lhe comumente opõem autores como Cançado Trindade, ao aduzirem que seria mais pertinente aludir a “dimensões” de direitos.

<sup>67</sup>MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 10, p.1-13, jan. 2002.

<sup>68</sup>HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.306.

em prol de valores vocacionados à tutela da dignidade da pessoa humana. A interpretação da Constituição, limitada no constitucionalismo clássico ao formalismo subsuntivo, passa a privilegiar argumentações pós-positivistas. Descortinam-se, então, novas áreas de atuação à atividade judicante.

Ademais, esse novo ideário estatal direciona um processo de “juridificação” (*Verrechtlichug*) da esfera social, através de uma “poluição legal” (*legal pollution*) no plano legislativo e uma “burocratização do mundo” (*bureaucratization of the world*) no orbe executivo<sup>69</sup>. Nesse quadro, o Judiciário torna-se então o “terceiro gigante”, voltado ao controle do “legislador mastodonte” e do “administrador Leviatã”; “a expansão do papel do Judiciário representa o necessário contrapeso, num sistema democrático de ‘checks and balances’ à paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do estado moderno<sup>70</sup>”. Em outras palavras, em uma sociedade funcionalmente diferenciada, “tanto em face do *Big Business* quanto do *Big Government*, apenas um *Big Judiciary* pode se erigir como guardião adequado e contrapeso eficaz<sup>71</sup>”. Afinal, “entre más legislación surge también simultáneamente más competencia judicial<sup>72</sup>”.

A juridificação da esfera social, essa “colonização” do mundo da vida pelo direito, queda um fenômeno sistêmico-estrutural que não pode ser simplesmente negado pelos movimentos de “deslegalização” (*delegalization*); “a ‘torrente de normas’ não pode ser contida por diques e barragens; no máximo ela pode se canalizada<sup>73</sup>”. Nesse contexto, o Estado, no mais das vezes, é apresentado como *local hero* e a solução sugerida é seu fortalecimento. Contudo, a “desjuridicização fática” (no sentido de perda de eficácia social do direito) não pode ser resolvida com mais “juridicização de expectativas” (em termos de inflação normativa) e sim pela superação das “condições desjuridicizantes” do ente estatal<sup>74</sup>.

A “orgia legislativa” do *welfare state*, apesar de bem intencionada, terminou “por se revelar causa de perversões econômicas com custos enormes e socialmente perniciosos<sup>75</sup>”. A democratização dos direitos prestacionais incrementou as responsabilidades do Estado de bem estar social (*welfare state*), levando à necessidade de um aumento de arrecadação que

---

<sup>69</sup>TEUBNER, Gunther. *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare Law*. Berlin: Walter de Gruyter, 1987.

<sup>70</sup>CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999, p.19.

<sup>71</sup>*Ibidem*. Porto Alegre: Fabris, 1999, p.61.

<sup>72</sup>LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/12919654/Nilkas-Luhmann-El-Derecho-de-La-Sociedad>>. Acesso em: 22 jul. 2013, p.217.

<sup>73</sup>Tradução livre do original: “The ‘flood of laws’ cannot be stemmed by dykes and dams; at best it can be channeled” (TEUBNER, Gunther. *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare Law*. Berlin: Walter de Gruyter, 1987, p.12).

<sup>74</sup>*Ibidem*. Berlin: Walter de Gruyter, 1987, p.14.

<sup>75</sup>CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999, p.45.

permitisse que a receita acompanhasse os crescentes gastos, através, prioritariamente, da elevação da carga tributária sobre o capital.

Durante os “trinta gloriosos anos<sup>76</sup>” da “era ouro do capitalismo<sup>77</sup>”, o sistema manteve-se de certo modo estabilizado no norte geopolítico. Contudo, a crise fiscal do Estado social coloca no banco dos réus a “célebre política do déficit *spending*: endividamento do Estado, com a finalidade de financiar a despesa pública, sobretudo a despesa social<sup>78</sup>”. A prodigalidade das promessas prestacionais paulatinamente cede lugar a uma perversa sensação de frustração constitucional e desfuncionalidade normativa. O ente estatal alicerçara expectativas que não possuía condições a adimplir. Outros desafios o aguardam na virada desse novo milênio.

### 3. DA GLOBALIZAÇÃO RETICULAR DA SOBERANIA

Como bem salienta Gunther Teubner<sup>79</sup>, a questão constitucional de hoje é radicalmente diferente da dos séculos passados, mas não por isso menos importante. Se o modelo de Estado liberal do constitucionalismo clássico perpassou uma crise de legitimidade e o modelo de Estado providência do constitucionalismo social, uma crise de efetividade, o Estado neoconstitucional contemporâneo defronta-se com uma crise de alteridade sistêmica intensificada pelos processos de globalização. Vive-se hoje afinal, para além de “*l’età dei diritti*”<sup>80</sup>, a “era do globalismo<sup>81</sup>”. A globalização ou “globalizações”, seja pela polissemia inerente ao signo, seja pela leitura multifacetada e concorrente entre diversas escolas teóricas, é um conceito plurívoco. Em uma aproximação extremamente genérica e preliminar, poder-se-ia correspondê-la aos “processos que estão intensificando as relações e a interdependência globais<sup>82</sup>”. Esses processos caracterizam-se por fatores como a emergência de novos atores

---

<sup>76</sup>HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

<sup>77</sup>HOBSBAWN, Eric. *Era dos extremos*. O breve século XX. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

<sup>78</sup>CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.253.

<sup>79</sup>TEUBNER, Gunther. *Constitutionalising Polycontextuality*. *Social and Legal Studies*. London, n.19, p.1-25, 2010.

<sup>80</sup>BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 2004.

<sup>81</sup>IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996

<sup>82</sup>GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Porto Alegre: Artmed, 2005, p.61.



internacionais, o desenvolvimento de modelos econômicos pós-tayloristas e o advento de novas tecnologias de informação e comunicação<sup>83</sup>.

Embora haja certo consenso acerca dessas características, divergem os doutrinadores quanto às consequências contemporâneas do fenômeno. No particular, Boaventura de Sousa Santos<sup>84</sup> considera que a globalização é constituída por uma dupla face que envolve, de um lado, o que denomina de “localismo globalizado” e, de outro, o que chama de “globalismo localizado”. A primeira expressão corresponde à dimensão positiva da globalização, à disseminação com sucesso, no plano global, de determinada prática ou ideário local. Já a segunda, remete à dimensão negativa correspondente, o impacto desestruturador que a hegemonização da estraneidade engendra em culturas periféricas, que perdem, outrossim, seus próprios vínculos identitários.

Em outra abordagem, David Held<sup>85</sup> identificadas três correntes sobre a compreensão do conceito de globalização: os céticos, os hiperglobalizadores e os transformacionistas. Os primeiros, os céticos, minimizam os impactos mundiais do fenômeno, seja por considerarem as atuais cifras do comércio internacional inferiores às da segunda colonização, seja por frisarem a tendência de formação de blocos regionais. Por seu turno, os hiperglobalizadores maximizam esses impactos, concebendo a globalização atual como criadora de uma nova era, com o ocaso dos governos nacionais e a formação de identidades transnacionais híbridas. Por sua vez, os transformacionistas reconhecem o espectro de mudança, mas enfatizam que este é pautado por processos múltiplos e contraditórios de integração e fragmentação<sup>86</sup>. Não obstante, independente da corrente adotada, é certo que à medida que a globalização progride, “estruturas e modelos políticos existentes revelam-se despreparados para gerenciar um mundo cheio de riscos, desigualdades e desafios que transcendem fronteiras nacionais<sup>87</sup>”. Sua rigidez de outrora cede lugar à fluidez de “limites brandos<sup>88</sup>” (*soft boundaries*).

---

<sup>83</sup>DUPAS, Gilberto. *Atores e poderes na nova ordem global: assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação*. São Paulo: Unesp, 2005.

<sup>84</sup>SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: BALDI, César Augusto. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.244.

<sup>85</sup>HELD, David. *Global Transformations*. Oxford: Polity, 1999, p.10.

<sup>86</sup>Adota-se aqui uma concepção transformacionista de globalização, que “rima com integração e como homogeneização da mesma forma que com diferenciação e fragmentação [...]. As mesmas forças que promovem a integração suscitam o antagonismo” (IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996, p.36).

<sup>87</sup>GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Porto Alegre: Artmed, 2005, p.78.

<sup>88</sup>BIERSTEKER, Thomas. State, sovereignty and territory. In: CARLSNAES, Walter (Org.). *Handbook of International Relations*. Londres: SAGE, 2001, p.165.

Em termos sistêmicos, seguindo preleção de Niklas Luhmann, “o sistema global é uma sociedade na qual todas as fronteiras internas podem ser contestadas e todas as solidariedades deslocam-se<sup>89</sup>”. Essa sociedade é aqui caracterizada pela intensificação de relações sociais e fluxos comunicativos que transpassam lindes territoriais, gerando amplas repercussões na reprodução dos sistemas jurídicos e políticos dos Estados nacionais. Nos termos de Guilherme Gonçalves, “as funções política e jurídica não variam conforme o quadrante do globo. Os Estados são, apenas, limites espaciais para as operações desses sistemas<sup>90</sup>”.

Na contemporaneidade a vinculação estatal de legitimação política vem sendo paulatinamente fustigada pelo avanço crescente de expectativas cognitivas, demandantes de contrapartidas normativas a nível global, fenômeno este tido como objeto de preocupações singulares da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas que lhe dedicou um painel exclusivo<sup>91</sup>. Assim é que o capital, as telecomunicações, as migrações, a informática, a poluição, as enfermidades movem-se cada vez mais, ensejando a desterritorialização de problemas jurídico-constitucionais<sup>92</sup>. Emergem, outrossim, “regimes jurídicos globais” (*global legal regimes*), correspondentes aos “conjuntos de princípios implícitos ou explícitos, normas, regras e procedimentos de tomada de decisão ao redor dos quais expectativas de atores convergem em uma dada área<sup>93</sup>”. Essas novas ordens normativas destinam-se a reduzir os riscos de interações sistêmicas interdependentes e aleatórias.

Nos termos de Karl-Heinz Ladeur<sup>94</sup>, cada um desses regimes é dotado, de uma racionalidade específica (*eigen-rationality*), o que cria problemas de coerência na aplicação do direito sob uma “perspectiva abrangente” (*overall perspective*). Dito de outra maneira, cada regime jurídico no plano global considera-se centro de sua respectiva constelação normativa, tendo as

---

<sup>89</sup>Tradução livre do original: “*the global system is a society, in which all internal boundaries can be contested and all solidarities shift*” (LUHMANN, Niklas. *Globalization or world society: how to conceive of modern society? International Review of Sociology*. London, v. 1, n. 1, p.67-80, mar. 1997, p.73)

<sup>90</sup>GONÇALVES, Guilherme leite. Limites do projeto iluminista: problemas operativos do Estado nacional na sociedade mundial. In: NEVES, Marcelo (Org.). *Transnacionalidade do direito*. Novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin: 2010, p.53.

<sup>91</sup>UNITED NATIONS. *Fragmentation of International law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*. Report of the Study Group of the International Law Commission. 58th session. Geneva, 2006.

<sup>92</sup>LOSANO, Mario. Derecho turbulento: en busca de nuevos paradigmas en las relaciones entre derechos nacionales y normativas supraestatales. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n.28, p.159-182, 2005.

<sup>93</sup>Tradução livre do original: “*Sets of implicit or explicit principles, norms, rules, and decision-making procedures around which actors’ expectations converge in a given area*” (KRASNER, Stephen. *Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables*. *International Organization*. Cambridge, v. 36, n. 2, p.185-205, 1982, p.185)

<sup>94</sup>LADEUR, Karl-Heinz. *The State in International Law*. *Osgoode Hall Law School Comparative Research in Law & Political Economy: Research Paper 27*. York, v.6, n. 6, p.1-23, 2010.

demais como periféricas e vice versa. Do ponto de vista científico, não há justificativa à pretensão de supremacia de alguma ordem normativa sobre as demais. Cada uma delas deve lidar diuturnamente com a operatividade uma da outra.

Essa convivência inexorável pode ser pautada por uma perspectiva tanto monocórdica, quanto polifônica. A primeira opção, ao obstacularizar interações sistêmicas, não apenas perde a oportunidade de realizar aprendizados recíprocos como engendra instabilidade prescritiva na aplicação do direito. Pode-se dizer que ao se fazer “ouvidos de mercador” a outros regimes jurídicos, dada ordem jurisdicional encerra construtos interpretativos cognitivamente inadequados e normativamente inconsistentes<sup>95</sup>. O caminho da unilateralidade acaba por não cumprir a função sistêmica do direito de estabilização contrafática de expectativas sociais<sup>96</sup>, em última instância comprometendo a própria dinâmica de efetividade do sistema jurídico. Esse modelo torna-se uma sorte de autismo, incapaz de responder convenientemente às dinâmicas de uma sociedade mundial com múltiplos centros emanadores de juridicidade.

Por seu turno, a alternativa dialógica propugna uma atividade interpretativa que se mantenha permanentemente aberta “às provocações e irritações das ordens jurídicas globais plurais<sup>97</sup>”, dando margem a um jogo (*jeu*) de “hierarquias entrelaçadas” (*hiérarchies enchevêtrées*), capaz de proporcionar um “pluralismo ordenado<sup>98</sup>” (*pluralisme ordonné*). Pode-se então falar que nas discussões acerca da efetividade do direito na contemporaneidade há a necessidade de um processo interpretativo “contrapontual<sup>99</sup>”, voltado à harmonização de múltiplas “melodias” normativas. À luz da doutrina italiana esgrimida por Cláudio Coni, as pressões oriundas dos múltiplos regimes jurídicos globais fomentam uma conformação extrospectiva do Estado constitucional em direção a um modelo “*Internazionalista*<sup>100</sup>”. Como bem observa de Zygmunt Bauman, como o pluralismo “é irreversível, um consenso em escala mundial sobre visões de mundo e valores improváveis [...], a comunicação entre tradições se torna o maior problema do nosso tempo<sup>101</sup>”.

---

<sup>95</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.26.

<sup>96</sup> LUHMANN, Niklas. Le droit comme système social. *Droit et Société*. Paris, n.11/12, p.53-67, 1989.

<sup>97</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.283.

<sup>98</sup> DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste. *Revue internationale de droit comparé*. Paris, v.52, n.4, p.753-780, out-dez 2000, p.780.

<sup>99</sup> MADURO, Miguel Poiares. O superávit democrático europeu. *Análise Social*. Lisboa, v. XXXVI, p.119-152, 2001.

<sup>100</sup> CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Fabris, 2006.

<sup>101</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p.196.

Não é outra a conclusão que chega, aliás, o ministro Cesar Peluso ao assentar que as crescentes relações de interdependência transfronteiras impõe um duplo desafio: conciliar “a necessidade de construção de pontes entre sistemas jurídicos autônomos com o propósito de reforçar e difundir o culto ao império universal da lei e à segurança jurídica<sup>102</sup>”. É nesse contexto que Gomes Canotilho<sup>103</sup> retrocede de seu modelo de Constituição dirigente, tendo em vista que a força normativa desta cede “perante novos fenótipos políticos-organizatórios e adequa-se, no plano político, e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas ‘associações abertas’ de estados nacionais”.

Nos termos iluminadores de Konrad Hesse, na contemporaneidade, o modelo de Estado sofre um profundo câmbio “*desde su concepción tradicional como soberano, nacional, relativamente hermético hacia el estado actual internacionalmente imbricado*<sup>104</sup>”. Assim, a efetividade do sistema jurídico na contemporaneidade deve necessariamente albergar em seu seio “ordens e problemas jurídicos que ultrapassam as fronteiras do Estado<sup>105</sup>”. Nesse contexto, pode-se dizer que há uma “erosão da estatalidade<sup>106</sup>” (*erosion of statehood*), uma espécie de “*capis diminutio* do Estado nacional<sup>107</sup>”. Seus fundamentos filosóficos deixam de ser “adequados ao gradiente de possibilidades da sociedade mundial – tonam-se autoritários ou ineficazes<sup>108</sup>”, uma “limitação obsoleta<sup>109</sup>”. Assim, “*debemos desprendermo-nos de antigua concepto de soberania del estado*<sup>110</sup>”. A acepção clássica do termo, como já preconizava Hans Kelsen<sup>111</sup> deve passar por uma revolução da consciência cultural.

---

<sup>102</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pronunciamento do Ministro Cesar peluso na abertura da Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursocongresso17\\_01\\_11.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursocongresso17_01_11.pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2013a, p.2.

<sup>103</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Livraria Almedina: Coimbra, 1993, p.1217.

<sup>104</sup>HESSE, Konrad. *Constitución y derecho constitucional*. In: BENDA *et al.* *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2001, p.14.

<sup>105</sup>NEVES, Marcelo. *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin: 2010, p.11.

<sup>106</sup>GRIM, Dieter. *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010, p.12.

<sup>107</sup>CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Fabris, 2006, p.138.

<sup>108</sup>GONÇALVES, Guilherme leite. Limites do projeto iluminista: problemas operativos do Estado nacional na sociedade mundial. In: NEVES, Marcelo (Org.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin: 2010, p.60.

<sup>109</sup>CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.7.

<sup>110</sup>HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p.10.

<sup>111</sup>KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito internacional e Estado soberano*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Assim, “é melhor pensar o significado de soberania em termos de uma contínua contestação de práticas<sup>112</sup>” em que atua como “fator de resistência ou de travagem e não mais como elemento central do jogo<sup>113</sup>”. O máximo que pode ser-lhe atribuído “é uma superioridade local limitada, que não é mais estática, mas está constantemente em evolução<sup>114</sup>”. Pode-se dizer que esse redimensionamento do conceito de Estado soberano, que Gustavo Zagrebelsky<sup>115</sup> faz referência como “*oración funebre del jus publicum europeu*”, corresponde a um verdadeiro réquiem ao Leviatã. Aquela *summa potestas* que lhe caracterizava “ficou perdida em um passado remoto [...] na contemporânea era global, o seu poder está sendo silenciosamente esmagado<sup>116</sup>”.

Essa transição paradigmática e consequente abertura do constitucionalismo a outras paragens não se realiza, contudo sem deixar vestígios. O Leviatã deixa viúvas; “carpideiras”. Essa recalitrância deriva, em larga medida, de uma concepção da Constituição que mescla elementos rousseauianos e criptomonárquicos, ou seja, junte o povo ao *locus* simbólico do monarca, mantendo a incontratabilidade do poder soberano conquanto soberania popular. Dessa forma, toda restrição à soberania é redirecionada “por procuração, em nome da nação e da democracia<sup>117</sup>”. Esse “constitucionalismo jacobino”, contudo, vê-se perplexo e impotente ao “perder o seu direito romano” diante de germinações regulatórias transfronteiras que fazem com que a gramática soberanista perca seu uso tradicional<sup>118</sup>.

Para além do “diplomata e o soldado<sup>119</sup>”, o jurista ingressa definitivamente na arena dos gladiadores estatais. A efetividade do direito perpassa, portanto, pela necessidade de surgimento de uma espécie de “*comitas judicial*” (*judicial comity*), o reconhecimento de uma “pertença comum” (*common membership*) à “tarefa global” (*global task*) de julgar idênticos problemas legais<sup>120</sup>. Esse cometimento delinea o primado funcional de “consideração mútua,

---

<sup>112</sup>Tradução livre do original: “It’s best to think the meaning of sovereignty in terms of a continual contestation of practices” (BIERSTEKER, Thomas. State, sovereignty and territory. In: CARLSNAES, Walter (Org.). Handbook of International Relations. Londres: SAGE, 2001. p.163).

<sup>113</sup>BADIE, Bertrand. *Um mundo sem soberania: os Estados entre o artifício e a responsabilidade*. Lisboa: Piaget, 1999, p.212.

<sup>114</sup>MARSHALL, James. *Espadas e símbolos: a técnica da soberania*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.18.

<sup>115</sup>ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2009, p.12.

<sup>116</sup>TEIXEIRA, Antônio. *A teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011., 2011, p.130.

<sup>117</sup>BADIE, Bertrand. *Um mundo sem soberania*. Os Estados entre o artifício e a responsabilidade. Lisboa: Piaget, 1999, p.28.

<sup>118</sup>*Ibidem*, Lisboa: Piaget, 1999, p.202-205.

<sup>119</sup>ARON, Raymond. *Paz e guerra entre as nações*. Brasília: UnB, 1986, p.52.

<sup>120</sup>SLAUGHTER, Anne-marie. Judicial Globalization. *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, n. 40, p.1103-1124, 1999-2000, p.1120.

reconhecimento e cooperação<sup>121</sup>”. Afinal, “o aprofundamento do intercâmbio entre sistemas jurídicos é uma realidade do nosso tempo. Antes restrita aos limites do território dos Estados soberanos, as operações do mundo do Direito assumem cada vez mais caráter transnacional<sup>122</sup>”. A efetividade do direito na sociedade mundial, portanto, lida com a construção de espaços de “conversação global<sup>123</sup>” (*global conversation*), nos quais o monólogo cede lugar ao diálogo entre ordens jurídicas.

A unidimensionalidade estatal westphaliana resta ultrapassada por uma “soberania em rede<sup>124</sup>” (*souveraineté en reseau*), nos moldes de uma sociedade informacional<sup>125</sup>. Em outros termos, o (trans<sup>126</sup>) constitucionalismo contemporâneo opera mediante articulação de organizações reticulares cooperativas sobrepostas e multinível<sup>127</sup>, que depauperam o ideário solipsista soberano. É nesse contexto que órgãos estatais e tribunais constitucionais de diversos países passam a aprofundar vínculos de associativismo de geometria variável e solidariedade transfronteiras, articulando-se em prol de determinadas causas comuns. Essas “redes de cooperação tecnicamente especializadas com escopo global<sup>128</sup>” sujeitam os Estados a uma complexa estrutura de governança “tanto de colaboração como de contenção mútua<sup>129</sup>”.

---

<sup>121</sup>Tradução livre do original: “*mutual consideration, recognition, and cooperation*”. (PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. *The Columbia Journal of European Law*. New York, v. 15, n.3, 2009, p.136).

<sup>122</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pronunciamento do Ministro Cezar peluso na abertura da Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursocongresso17\\_01\\_11.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursocongresso17_01_11.pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2013a, p.1.

<sup>123</sup>BAUDENBACHER, Carl. Judicial globalization: new developments or old winner in new bottles?. *Texas International Law Journal*. Austin, v. 38, p.505-526, 2003.

<sup>124</sup>CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Fabris, 2006, p.49.

<sup>125</sup>Caracterizada “pela intercomunicação entre vários pontos do mundo, com a configuração de nós (nós de uma rede) nos quais são tomadas as decisões que irão dinamizar o fluxo de informações pela rede inteira” (VIAL, Sandra Regina Martini; BRANDT, Daiana. *O que a sociedade esconde?* Uma análise acerca da percepção do trabalho na sociedade contemporânea. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/sandra\\_vial\\_e\\_daiana\\_brandt.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/sandra_vial_e_daiana_brandt.pdf)>. Acesso em: 22 Fev. 2013, p.9).

<sup>126</sup>Deveras a problemática que se contrapõe do ponto de vista das múltiplas interações transfronteiras o sistema jurídico na atualidade, o paradigma constitucional aproxima-se muito mais da prefixação (trans) constitucional que (neo) constitucionalismo. No particular, muito consistente os trabalhos de Marcelo Neves (*Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009).

<sup>127</sup>Tradução livre do original: “*Multi-level and overlapping cooperative networks*”. (LADEUR, Karl-Heinz. Towards a legal theory of Supranationality. *European Law Journal*. Marseille, v.3, n.1, p.33-54, mar. 1997, p.34).

<sup>128</sup>Tradução livre do original: “One aspect of globalization is the emergence of technically specialized cooperation networks with a global scope”. (UNITED NATIONS. *Fragmentation of International law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*. Report of the Study Group of the International Law Commission. 58<sup>th</sup> session. Geneva, 2006, p.244).

<sup>129</sup>Tradução livre do original: “*Complex structure of governance that creates a network both of cooperation and of mutual restraint*”. (OSIANDER, Andreas. Sovereignty, international relations, and the westphalian myth. *International Organization*. Cambridge, v.55, n.2, p.251-287, 2001, p.283).

Essa dinâmica “desafia a inteligência organizatória tradicional, pois a democracia passa a ser exigida num ambiente de sistemas formados com base na interdependência e no pluralismo<sup>130</sup>”. Em outras palavras, o discurso acerca da efetividade do direito não se restringe ao fetichismo de algum constitucionalismo jacobino, não se refugia no artifício da hierarquia ou da tradição, mas entrelaça-se no emaranhado de racionalidades desterritorializadas, essa “*nueva nebulosa en el firmamento de los fenómenos jurídicos*<sup>131</sup>”. A articulação clássica da soberania e do controlo apaga-se diante do “efeito irredutível das interdependências crescentes<sup>132</sup>” no plano mundial. O conflito é fator contingente, não inerente à (des) ordem internacional; “a anarquia é o que os Estados fazem dela<sup>133</sup>”.

## CONCLUSÃO

A interpretação jurídica encontra-se diante de novos desafios na atualidade, em virtude dos avanços normativos de regimes jurídicos autônomos sobre espaços de incidência tradicionalmente destinados à jurisdição estatal. Uma concepção hermética do constitucionalismo não atende às especificidades das demandas originadas em uma sociedade de massas, complexa e conflituosa, muito menos um ambiente de múltiplas alteridades jurídicas colidentes no âmbito da sociedade global. Resta necessário, portanto, adequar os parâmetros de efetividade do direito a corpos sociais pluralistas e em constante transformação, verdadeiros policontextos sociais, que tencionam as pretensões monologantes do Leviatã de maneira transescalar.

Os tradicionais cânones normativos consubstanciados desde o Estado clássico, perpassando pelo Estado Social e mesmo o tão em voga neoconstitucionalismo não se encontram aptos a fazer frente à complexidade crescente das irritações recíprocas entre normatividades análogas. Suas propostas teóricas são pouco propensas a dialogar com pressões que sejam estranhas a

---

<sup>130</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Relatório do Simpósio Internacionalização do Direito Constitucional e Constitucionalização do Direito Internacional*. Disponível em: <[http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfCooperacao\\_pt\\_br&idConteudo=164423](http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfCooperacao_pt_br&idConteudo=164423)>. Acesso em 22 fev 2013b, p.2.

<sup>131</sup>OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n.14, p.169-194, 1993, p.185.

<sup>132</sup>BADIE, Bertrand. *Um mundo sem soberania*. Os Estados entre o artifício e a responsabilidade. Lisboa: Piaget, 1999, p.205.

<sup>133</sup>Tradução livre do original: “*Anarchy is what states make of it*” (WENDT, Alexander. Anarchy is what States make of it: the social construction of power politics. *International Organization*. Cambridge, v. 46, n. 2, p.391-425, 1992, p.391).

seu *locus* emanador de sentido, em regra certa tradição estatutante que subordinam as demais ordens jurídicas a sua única pretensão de validade. As respostas desses arquétipos soam descompassadas, pois foram vocacionadas à responder problemáticas radicalmente diferentes às que emergem no horizonte comunicativo jurídico da atualidade.

Nesse contexto, a rigidez da concepção clássica de efetividade do sistema jurídico cede lugar à transcomunicabilidade de relações jurídicas transversais, múltiplas e desterritorializadas. Destarte, a doutrina jurídica nacional não pode acomodar-se a antigas distinções entre fronteiras domésticas e política exterior, *baixa* e *alta* Política (*low* e *high Politics*), infenso às confluências de *Soft Law*. Resta necessário, portanto, uma crítica ao solipsismo soberano; “abrir” suas fronteiras às contingências do real. A construção de uma semântica jurídica integradora quedam desafio imanente à dogmática jurídica na alba deste novo milênio. A *quaestio debeat* encontra-se, decerto, além do Estado nação, mais precisamente, nos desafios da Constituição diante das pressões da globalidade.

Desse modo, deve-se conceber uma “nova estatalidade”, uma ‘nova arquitetura do Estado’, onde se recortem novas formas institucionalizadas de cooperação e de comunicação<sup>134</sup>. O estabelecimento de conexões transversais entre racionalidades jurídicas diversas passa ser a opção mais propensa a fomentar expectativas normativas no âmbito de uma sociedade mundial hipercomplexa. O que esse artigo propõe é justamente repensar o direito em torno da emergência de um “*taller*” constitucional cada vez mais globalizado.

---

<sup>134</sup>CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.257-528.



## REFERÊNCIAS

ARON, Raymond. *Paz e guerra entre as nações*. Brasília: UnB, 1986.

BADIE, Bertrand. *O diplomata e o intruso: a entrada das sociedades na arena internacional*. Salvador: Edufba, 2009.

\_\_\_\_\_. *Um mundo sem soberania: os Estados entre o artifício e a responsabilidade*. Lisboa: Piaget, 1999.

BAUDENBACHER, Carl. Judicial globalization: new developments or old winner in new bottles? *Texas International Law Journal*. Austin, v. 38, p.505-526, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

\_\_\_\_\_. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BEDIN, Gilmar Antônio. *A sociedade internacional e o século XXI*. Ijuí: Editora Unijuí, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. São Paulo, n.61, p.5-24, 2004.

BIERSTEKER, Thomas. State, sovereignty and territory. In: CARLSNAES, Walter (Org.). *Handbook of International Relations*. Londres: SAGE, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 2004.

\_\_\_\_\_. *O terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra*. Barueri: Manole, 2009.

BODIN, Jean. *Six books of the commonwealth*. Oxford: Basil Blackwell, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pronunciamento do Ministro Cezar peluso na abertura da Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursocongresso17\\_01\\_11.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursocongresso17_01_11.pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2013a.

\_\_\_\_\_. *Relatório do Simpósio Internacionalização do Direito Constitucional e Constitucionalização do Direito Internacional*. Disponível em: <[http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfCooperacao\\_pt\\_br&idConteudo=164423](http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfCooperacao_pt_br&idConteudo=164423)>. Acesso em 22 fev 2013b.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Fabris, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos: da Idade Média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit: réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste. *Revue internationale de droit comparé*. Paris, v.52, n.4, p.753-780, out-dez 2000.

DUPAS, Gilberto. *Atores e poderes na nova ordem global: assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação*. São Paulo: Unesp, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

\_\_\_\_\_. *Nascimento de la biopolítica: curso en el Collège de France - 1978-1979*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GONÇALVES, Guilherme leite. Limites do projeto iluminista: problemas operativos do Estado nacional na sociedade mundial. In: NEVES, Marcelo (Org.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin: 2010.

GRIM, Dieter. *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica: para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Porto Alegre: L&PM, 1987.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HELD, David. *Global Transformations*. Oxford: Polity, 1999.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_. Constitución y derecho constitucional. In: BENDA *et al.* *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2001.

HOBBS, Thomas. *Leviathan or the matter, form, & power of a commonwealth ecclesiasticall and civill*. London: McMaster University, 1651.

HOBBSBAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito internacional e Estado soberano*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KRASNER, Stephen. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. *International Organization*, Cambridge, v. 36, n. 2, p.185-205, 1982.

LADDEUR, Karl-Heinz. The State in International Law. *Osgoode Hall Law School Comparative Research in Law & Political Economy, Research Paper 27*, New York, v.6, n. 6, p.1-23, 2010.

\_\_\_\_\_. Towards a legal theory of Supranationality. *European Law Journal*. Marseille, v.3, n.1, p.33-54, mar. 1997.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1987.

LOCKE, John. *Two treatises of government*. London: McMaster University, 1823.

LOSANO, Mario. Derecho turbulento: en busca de nuevos paradigmas en las relaciones entre derechos nacionales y normativas supraestatales. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n.28, p.159-182, 2005.

LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona. Ariel, 1964.

LUHMANN, Niklas. Le droit comme système social. *Droit et Société*. Paris, n.11/12, p.53-67, 1989.

\_\_\_\_\_. *El derecho de la sociedad*. Disponível em:  
<<http://pt.scribd.com/doc/12919654/Nilkas-Luhmann-El-Derecho-de-La-Sociedad>>. Acesso em: 22 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Globalization or world society: how to conceive of modern society? *International Review of Sociology*. London, v. 1, n. 1, p.67-80, mar. 1997.

MACHIAVELLI, Niccolò. *Il principe*. Torino: Einaudi, 1961.

MADURO, Miguel Poiares. O superavit democrático europeu. *Análise Social*. Lisboa, v. XXXVI, p.119-152, 2001.

MARSHALL, James. *Espadas e símbolos: a técnica da soberania*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 10, p.1-13, jan. 2002.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NAGAN, Wiston. *The emerging restrictions on sovereign immunity: peremptory norms of international law*. Disponível em: <[http://works.bepress.com/winston\\_nagan](http://works.bepress.com/winston_nagan)>. Acesso em: 11 jul. 2013.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

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

\_\_\_\_\_. *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin: 2010.

ORTEGA Y GASSET, José. *O homem e a gente*. Rio de Janeiro: Ibero-Americano, 1960.

OSIANDER, Andreas. Sovereignty, international relations, and the westphalian myth. *International Organization*. Cambridge, v.55, n.2, p.251-287, 2001.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n.14, p.169-194, 1993.

\_\_\_\_\_. *O tempo do direito*. São Paulo: Edusc, 2005.

PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. *The Columbia Journal of European Law*. New York, v 15, n.3, p.349-407, 2009.

RODRÍGUEZ, Darío. Los limites del Estado en la sociedad mundial. In: NEVES, Marcelo (Org.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin: 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social ou principes du droit politique*. Amsterdam: Marc Michel, 1762.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: BALDI, César Augusto. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, v. 1, n. 1, p.1-46, 2001.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: teoria da constituição*. Salvador: JusPodivm, 2009.

SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Cambridge: MIT Press, 2000.

SLAUGHTER, Anne-marie. Judicial Globalization. *Virginia Journal of International Law*. Charlottesville, n. 40, p.1103-1124, 1999-2000.

SOUKI, Nadia. *Behemoth contra Leviatã: guerra civil na filosofia de Thomas Hobbes*. São Paulo: Loyola, 2008.

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

TEUBNER, Gunther. *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare Law*. Berlin: Walter de Gruyter, 1987.

\_\_\_\_\_. Constitutionalising polycontexturality. *Social and Legal Studies*. London, n.19, p.1-25, 2010.

UNITED NATIONS. *Fragmentation of International law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*. Report of the Study Group of the International Law Commission. 58<sup>th</sup> session. Geneva, 2006.

VIAL, Sandra Regina Martini. *O que a sociedade esconde? Uma análise acerca da percepção do trabalho na sociedade contemporânea*. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/sandra\\_vial\\_e\\_daiana\\_brandt.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/sandra_vial_e_daiana_brandt.pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2013.

WALKER, Neil. Constitutionalism and pluralism in global context. In: AVBELJ, Matej (Org.) *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*. Portland: Hart Publishing, Portland, 2012.

WENDT, Alexander. Anarchy is what States make of it: the social construction of power politics. *International Organization*. Cambridge, v. 46, n. 2, p.391-425, 1992.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2009.