

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Luiz Magno Pinto Bastos Junior

**CONSTITUIÇÃO, *QUO VADIS?*:  
POR UM CONSTITUCIONALISMO DA DIFERENÇA COMO  
RESPOSTA AOS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS À TEORIA  
CONSTITUCIONAL**

Tese submetida ao Programa de  
Pós-Graduação em Direito da  
Universidade Federal de Santa  
Catarina para a obtenção do Grau  
de Doutor em Direito  
Orientador: Profa. Dra. Cecilia  
Caballero Lois

Florianópolis  
2011

Catálogo na fonte pela Biblioteca Universitária  
da  
Universidade Federal de Santa Catarina

B327c Bastos Júnior, Luiz Magno Pinto  
Constituição, quo vadis? [tese] : por um  
constitucionalismo da diferença como resposta aos desafios  
contemporâneos à teoria constitucional / Luiz Magno Pinto  
Bastos Junior ; orientadora, Cecilia Caballero Lois. -  
Florianópolis, SC, 2011.  
422 p.: il., tabs.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina,  
Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação  
em Direito

Inclui referências

1. Direito internacional privado. 2. Constitucionalismo.  
3. Pluralismo. I. Caballero Lois, Cecilia. II. Universidade  
Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação  
em Direito. III. Título.

CDU 34

Luiz Magno Pinto Bastos Junior

**CONSTITUIÇÃO, QUOD VADIS?  
POR UM CONSTITUCIONALISMO DA DIFERENÇA COMO  
RESPOSTA AOS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS À TEORIA  
CONSTITUCIONAL**

Esta Tese foi julgada adequada para a obtenção do título de “Doutor em Direito”, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, 09 de maio de 2011

Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer  
Coordenador do Curso

**Banca Examinadora:**

---

Profª. Dra. Cecilia Caballero Lois  
Orientadora  
Univ. Federal de Santa Catarina (UFSC)

---

Prof. Dr. Airton Cerqueira Leite Seelaender  
Univ. Federal de Santa Catarina (UFSC)

---

Prof. Dr. André Lipp Pinto Basto Lupi  
Univ. do Vale do Itajaí (UNIVALI)

---

Prof. Dr. João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira  
Univ. Fed. de Pernambuco (UFPE) / Univ. Católica de Pernambuco (UNICAP)

---

Profª. Dra. Katya Kozicki  
Univ. Federal do Paraná (UFPR) / Pontifícia Univ. Católica do Paraná (PUCPR)



*Dedico esta tese às mulheres da minha  
vida: Michelle e Luiza*



*“Posso, tudo posso, n’Aquele que me fortalece.*

*Nada, ninguém no mundo, vai me fazer desistir. Quero, tudo quero, sem medo entregar meus projetos. Deixar-me guiar nos caminhos que Deus desejou pra mim e ali estar. [...]*

*Em meu lugar estar, na espera de um novo que vai chegar. Vou persistir, continuar a esperar e crer.*

*E mesmo quando a visão se turva e o coração só chora. Mas na alma, há certeza da vitória.*

*Posso, tudo posso, n’Aquele que me fortalece...”*

Celina Borges



## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a **Deus**, não somente pelo dom da vida e por todas as maravilhas que propiciou que eu experimentasse, mas, sobretudo, por ter se mostrado companheiro fiel ao longo desta difícil jornada em que, confrontado com as minhas limitações, me fez perceber que eu tudo seria capaz somente se me deixasse abandonar em seus braços.

Aos meus pais (Luiz e Rosa), meus irmãos (André, Renata e Lucão), meus sobrinhos (Leleco, Kaká e Felipe), avós, tios e primos que me fizeram compreender o sentido mais pleno que a palavra **família** pode representar. Hoje, esta palavra significa aconchego, fortaleza e segurança porque, em diferentes momentos, vocês representaram isto em minha vida. A vocês, minha gratidão eterna.

Agradeço ainda à minha família por adoção, aos meus sogros (Jura e Eva), aos meus cunhados (Dani, Gerhard, Paulo e Fernanda), sobrinhos (Gigi e Armin) e primos. Em especial, ao Mestre Jurandyr que, pacientemente, revisou integralmente este texto.

A minha **família de Floripa** (família do coração): Viviane e Filipe; Renato e Adriana; Família Passarella dos Reis; Marlon e Gislaíne; Alessandro e Alessandra; Família Perassoli; Lígia e Fabinho; e, tantos outros amigos do GOU. (Letícia, obrigado pelo Resumé). Sem o apoio, o incentivo e a presença (mesmo na ausência) de cada um de vocês, teria sido muito difícil (quicá, impossível) terminar esta empreitada.

À **Cecilia**, minha orientadora e amiga. Obrigado pela confiança depositada e por todo o companherismo experimentado ao longo desta caminhada. Pouquíssimas pessoas têm a capacidade de lançar-se ao outro com o despojamento, com a sensibilidade e com a ternura com que acolhes os teus (quase sempre mais que meros) orientandos. É isto tudo que te torna assim... única e especial.

Aos amigos (e fiéis escudeiros) **Rodrigo Mito** e **Thiago Yukio**. Não tenho dúvidas que este trabalho não teria sido o que ele é sem o apoio inestimável de vocês. Agraciados são aqueles que podem contar, em meio à solidão de suas pesquisas, com privilegiados interlocutores

como vocês. A leitura, o apoio, o incentivo, as críticas, as notas de rodapé, as provocações produziram efeitos marcantes neste texto. Enfim, sem palavras... “Vamo que vamu...”

Aos **Professores** que, pelas suas críticas, comentários e diálogo qualificado auxiliaram de maneira decisiva, tanto, na definição dos rumos desta pesquisa, quanto dos ajustes ao texto “definitivo” que ora se apresenta. Agradeço aos Professores Katya Kozicki (UFPR/PUC-PR), João Paulo Teixeira (UFPE/UNICAP), Airton Seelaender (UFSC) e André Lupi (UNIVALD) (que compuseram a Banca Examinadora final deste trabalho); ao apoio e contribuição inestimáveis dos Professores João dos Passos e Luiz Henrique Cademartori (ambos da UFSC) (que juntamente com os dois últimos compuseram a Banca de Qualificação); e aos Professores Silvio Dobrowolski (UFSC) e Cláudia Roesler (UnB) (que, ao analisarem o Projeto de Tese há dois anos, contribuíram decisivamente para a virada copernicana que se operou na pesquisa).

Agradeço ainda aos Professores Delamar Volpato Dutra, Sérgio Cademartori, Horácio Wanderlei e Josiane Veronese, presenças expressivas que contribuíram, de variadas formas, para o resultado que aqui se apresenta.

Agradeço aos docentes e pesquisadores do Departamento de Filosofia do Direito da **Universidade de Alicante**, em especial, aos professores Josep Aguiló, Manuel Atienza e Isabel Lifante. O curto período em que fui calorosamente acolhido dentre vós, foi marcante não somente pelos reflexos nesta pesquisa, mas, em especial, em relação à vivência acadêmica ali experimentada.

Aos amigos **Roberto Basilone, Daniel Marchiori e Danilo Almeida**. Obrigado pelas reflexões, angústias e experiências compartilhadas ao longo desta trajetória. Obrigado pelas intermináveis conversas sobre a filosofia constitucional contemporânea e pelo companheirismo que se materializou através de tantas formas: pela bibliografia enviada do Colorado, pela troca de mensagens no *googletalk* e pelos memoráveis encontros de confraternização.

Aos amigos e colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito que tornaram estes anos de estudo e dedicação muito mais agradáveis: Patrícia Áreas, Carolina Bohrer, Letícia Dyniewicz, Michelle Destri, Caroline Ferri, Luciane Moessa, Alexandre Santos e Rosane Leal.

Aos amigos da **Universidade do Vale do Itajaí**, em especial, a um grupo com quem tive a honra de trabalhar (e sonhar com um projeto de Universidade). De alguma forma, as nossas intermináveis discussões no Sertão (sobre qualquer coisa) e os “planos de conquistar o mundo” encontram eco nesta pesquisa. Receio não ter, em outra oportunidade, auditório tão qualificado quanto vocês: André Lupi, Paulo Emílio, Rogério Dultra, Marcelo Alves, Marcelo Luna, Roberto Di Sena e Cinthia Oliveira.

Aos amigos (sócios, advogados, funcionários e estagiários) do **Escritório Menezes Niebuhr**, que tiveram que lidar com o cansaço, com as ausências e com todos os desafios associados à reta final de qualquer trabalho desta envergadura. Agora, finalmente, poderei “estar de volta”.

Por fim, o meu maior e mais profundo agradecimento às mulheres da minha vida. A vocês, Michelle e Luiza, não basta tão-somente dedicar este trabalho... Divido com vocês esta vitória, até mesmo porque, sem vocês seria absolutamente impossível chegar até aqui. Obrigado, obrigado, obrigado.



## RESUMO

A constituição na sua feição moderna pretende operar como estrutura de ordenação social em determinada comunidade política. Ao longo do processo de consolidação do modelo de “estado territorial soberano”, a constituição foi reconhecida como uma espécie de sinal visível da soberania estatal (não há Estado sem constituição), o que leva a uma identificação muito estreita entre identidade nacional e constitucional. Na tradição constitucional, é possível identificar pelo menos duas funções que são reconhecidas à constituição, a saber: a capacidade de operar como “fator de integridade do sistema jurídico” (produção de unidade e coerência intrassistemática) e como “fator de integração da comunidade política” (fornecimento de critérios de legitimação material). No entanto, tais elementos já não são mais capazes de explicar as transformações profundas provocadas pelos processos de globalização, de expansão e fragmentação da regulamentação não-nacional e de crescimento do pluralismo nas democracias contemporâneas. Tais transformações tornam insubsistentes os modelos teóricos centrados na noção de territorialidade, o que gera aquilo que é denominado neste trabalho como “crise de identidade da constituição”. Dois são os problemas a partir dos quais este cenário de crise é enfrentado: a erosão da autoridade das instituições estatais (em face da insurgência de instâncias decisórias situadas fora do Estado) e a desterritorialização da gramática constitucional (decorrente do deslocamento dos discursos de índole constitucional para outros *fora*). Neste contexto, o **objetivo** desta tese consiste em “analisar os impactos destas transformações nas funções modernamente atribuídas à constituição e, por conseguinte, identificar os caminhos para o desenvolvimento de um ‘constitucionalismo da diferença’ que seja capaz de lidar com o problema da concorrência de autoridades e dos choques constantes entre concepções de bem”. A fim de cumprir este objetivo, a pesquisa foi **estruturada** em três partes bem definidas. A *primeira* destina-se a construir discursivamente as bases institucionais do modelo de “estado territorial soberano” (capítulo primeiro) e associar-lhe as principais temáticas tratadas pela teoria constitucional contemporânea (capítulo segundo). A *segunda* pretende descrever como se produzem os “espaços de regulação transnacional” que colocam em xeque o modelo de organização centrado na figura do Estado, tanto em face da relativa redução da capacidade regulatória do Estado (capítulo terceiro), quanto em decorrência de sua vinculação cada vez maior às

múltiplas camadas de regulação jurídica produzidas naqueles espaços (capítulo quarto). Por fim, a *terceira* se ocupa em analisar os desdobramentos destas transformações nos discursos produzidos em torno da constituição; pretende-se, portanto, mapear as possíveis respostas dadas pela constituição às questões relativas à: “interação” entre ordens normativas; à concorrência entre instâncias regulatórias e entre autoridades decisórias; e, por fim, ao problema dramático da possibilidade de produção de identidade frente ao pluralismo nas sociedades contemporâneas. Em **conclusão**, defende-se neste trabalho que ambas as funções atribuídas à constituição (de integridade e de integração) permanecem operativas desde que seus discursos sejam formulados em estreita preocupação com a preservação das diferenças, compromisso que se traduz na formação de múltiplas redes de interação e na necessidade de ampliação dos mecanismos de diálogo institucional com outros atores (sobretudo, situados fora do Estado).

**Palavras-chave:** Estado territorial soberano. Espaços de regulação transnacional. Direito transnacional. Expansão e fragmentação do direito internacional. Regimes privados autônomos. Fato do pluralismo. Constitucionalismo da diferença.

## ABSTRACT

The constitution in its modern feature intends to operate as a framework for social coordination in a political community. Throughout the process of consolidating the model of "sovereign territorial state", the constitution was recognized as a kind of visible sign of national sovereignty (there is no State without a constitution), which leads to a very close identification between national and constitutional identities. In the constitutional tradition, it is possible to identify at least two functions that are attributed to the constitution, namely the ability to operate as *a factor of integrity of the legal system* (production of unity and intra-systematic coherence) and as *a factor of integration of the polity* (providing criteria in material legitimacy). However, these elements are no longer able to explain the profound changes caused by globalization processes, from expansion and fragmentation of the non-national regulation and from the growth of the pluralism in contemporary democracies. These changes make insufficient theoretical models centered on the notion of territoriality, which creates what is named here as *identity crisis of the constitution*. There are two problems from which this scenario of crisis is faced: the erosion of authority of state institutions (in the face of the insurgency of decision making instances located outside the State) and the deterritorialization of constitutional grammar (due to the displacement of the constitutional discourses to others *outside*). In this context, the **objective** of this thesis is to "examine the impacts of these changes in the functions modern assigned to the constitution and therefore to identify ways for the development of a 'constitutionalism of difference' that is capable of dealing with the problem of concurrence between authorities and the constant conflicts between conceptions of the good". To achieve this objective, the research was structured into **three** well defined parts. The *first* is to build discursively the institutional foundations of the "sovereign territorial state" model (Chapter One) and associate it with the main issues addressed by contemporary constitutional theory (Chapter Two). The *second* aims to describe how are produced the "spaces of transnational regulation" that challenge the model of organization focused on the State, both in face of the relative reduction of the regulatory capacity of the State (Chapter Three), as a result of its increasingly binding to multiple layers of legal regulation produced in those spaces (Chapter Four). Finally, the *third* is concerned with analyzing the ramifications of these transformations in the discourses

produced around the constitution; it is intended, therefore, to map the possible answers given by the constitution to issues concerning the “interaction” between normative orders, the competition between regulatory instances and decision making authorities, and, finally, to the dramatic problem of the possibility of identity production in face of pluralism in contemporary societies. **In conclusion**, this work argues that both the functions assigned to the constitution (integrity and integration) will remain functional as long as their discourses are formulated in close concern with the preservation of differences, a commitment which is reflected in the formation of multiple networks of interaction and the need for expansion of the institutional dialogue mechanisms with other actors (especially outside the State).

**Keywords:** Sovereign territorial State. Spaces of transnational regulation. Transnational law. Expansion and fragmentation of international law. Autonomous private regimes. Fact of pluralism. Constitutionalism of difference.

## RÉSUMÉ

La constitution contemporaine aspire à fournir la structure de l'organisation sociale des communautés politiques. Au cours du processus de consolidation du modèle d'«État territoriale souverain», la constitution fut connue comme une espèce de signal visible de la souveraineté de l'État (il n'y a pas d'État sans constitution), ce qui produit une étroite corrélation entre les identités nationale et constitutionnelle. Dans la tradition constitutionnelle, il est possible de déterminer au moins deux fonctions qui sont attribuées à la constitution: la capacité d'opérer en tant qu'«élément d'intégrité du système juridique» (production d'unité et de cohérence intrasystématique) et comme «facteur d'intégration de la communauté politique» (en fournissant les critères de légitimation matérielle). Cependant, ces éléments ne sont plus capables d'expliquer par eux-mêmes les transformations profondes causées par le processus de mondialisation, d'expansion et fragmentation de la réglementation non étatique et de croissance du pluralisme dans les démocraties contemporaines. Ces transformations affaiblissent les modèles théoriques basés sur la notion de territorialité et donnent lieu à ce qui est connu dans la présente thèse comme la «crise d'identité de la constitution». Il y a deux approches à partir desquelles ce scénario de crise est saisi: l'érosion de l'autorité des institutions étatiques (entraînée par l'émergence des instances décisionnelles en dehors de l'État) et la déterritorialisation de la grammaire constitutionnelle (causée par le déplacement des discours à caractère constitutionnel à ceux en dehors de la sphère de l'État). Compte tenu de ce contexte, l'**objectif de cette thèse** est d'«analyser les impacts que ces transformations ont eus sur les fonctions actuellement accordées à la constitution et, par la suite, d'identifier les chemins qui pourront amener au développement d'un «constitutionnalisme du changement» capable d'adresser le problème de la concurrence des autorités ainsi que de fréquents conflits entre les conceptions de bien». Et pour y parvenir, la recherche **fut structurée en trois parties**: La première partie vise à établir les bases institutionnelles du modèle de l'«État territoriale souverain» (premier chapitre) et à faire des associations thématiques avec les principales questions soulevées par la théorie constitutionnelle contemporaine (deuxième chapitre). La deuxième partie cherche à décrire le processus de construction des «espaces de réglementation transnationale» qui affaiblit le modèle d'organisation centré dans l'État, soit en réduisant son habilité de

règlementation (troisième chapitre), soit en s'attachant de plus en plus aux multiples niveaux de réglementation juridique produits dans ces mêmes espaces (quatrième chapitre). Dernièrement, la troisième partie s'occupe de l'analyse des impacts desdites transformations dans les discours produits autour de la constitution; on cherche, pourtant, à identifier les possibles réponses données par la constitution aux questions relatives à l'«interaction» entre les ordres normatifs; à la concurrence entre les instances régulatrices et entre les autorités décisionnaires; et finalement, entre l'urgent problème de production de l'identité relativement au pluralisme dans les sociétés contemporaines. **En conclusion**, on soutient dans la thèse que les deux fonctions accordées à la constitution (les fonctions d'intégrité et d'intégration) demeureront opérationnelles pourvu que ses discours soient formulés en tenant compte de la préservation de la diversité, accommodement traduit par la formation de multiples réseaux d'interaction et par la nécessité de développer les mécanismes de dialogue institutionnel avec d'autres acteurs (surtout ceux qui se situent en dehors de l'État).

**Mots-clés:** État territoriale souverain. Espaces de réglementation transnationale. Droit transnational. Expansion et fragmentation du droit international. Régimes privés autonomes. Fait du pluralisme. Constitutionnalisme de la différence.

## LISTA DE FIGURAS

<b>Figura 1:</b> Mapa de interações nos espaços oficiais de regulação e a regulamentação transnacional .....	252
<b>Figura 2:</b> Diferenciação territorial no plano da regulação doméstica.	252
<b>Figura 3:</b> Segmentação na ordem jurídica internacional (multinivelamento) .....	253
<b>Figura 4:</b> Segmentação e multinivelamento no âmbito de regulação internacional.....	254
<b>Figura 5:</b> Escala de transição entre perspectivas constitucionalista e pluralista.....	309



## LISTA DE TABELAS

<b>Tabela 1:</b> Dimensões da organização política e os problemas relacionados.....	71
<b>Tabela 2:</b> Dimensões da virada vestfaliana (westphalian turn).....	73
<b>Tabela 3:</b> Vínculo entre o modelo de estado territorial soberano e a teoria constitucional .....	127
<b>Tabela 4:</b> Modelo de organização nos espaços de regulação transnacional .....	183
<b>Tabela 5:</b> Transição do monismo para o pluralismo constitucional ...	289
<b>Tabela 6:</b> Distinções entre as ordenações hierárquica e heterárquica	302



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>29</b>
<b>1. DA DEMARCAÇÃO DAS FRONTEIRAS DO ESTADO MODERNO: BASES INSTITUCIONAIS DO MODELO DE “ESTADO TERRITORIAL SOBERANO”</b> .....	<b>41</b>
1.1. A FORMAÇÃO DO CHAMADO “SISTEMA MODERNO DE ESTADOS”: AS DIFERENTES NARRATIVAS SOBRE OS SIGNIFICADOS DE VESTFÁLIA .....	42
1.1.1. <i>Vestfália como fato histórico</i> : sobre a natureza da Guerra dos Trinta Anos (1618-1648) .....	43
1.1.2. O caráter pretensamente inovador dos Tratados de Paz de Vestfália.....	48
1.1.3. Paz de Vestfália como expressão da soberania moderna (transição paradigmática).....	57
1.1.4. Sistema (Lógica) de Vestfália e os traços constitutivos do sistema de Estados.....	63
1.2. CONFIGURAÇÃO DAS BASES INSTITUCIONAIS DO ESTADO TERRITORIAL E AS TRANSFORMAÇÕES DO CONCEITO DE SOBERANIA.....	68
1.2.1. A noção de “estado territorial soberano” como estrutura organizacional básica do Estado moderno .....	69
1.2.2. Diferentes estágios no desenvolvimento do conceito de soberania: historiografia das ideias políticas .....	76
1.2.3. Consolidação do conceito jurídico de soberania: múltiplas facetas da soberania .....	81
1.3. A DEMARCAÇÃO DAS FRONTEIRAS JURÍDICAS: SOBERANIA NACIONAL E O DEBATE EM TORNO DO PONTO DE IMPUTAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO .....	89

## **2. A CONSTITUIÇÃO COMO FRONTEIRA DO MODELO DE “ESTADO TERRITORIAL SOBERANO” ..... 95**

### **2.1. CONSTITUIÇÃO E CONSTITUCIONALISMO NA TRADIÇÃO MODERNA ..... 95**

2.1.1.1. Constituição como “lei suprema da nação” ..... 97

2.1.1.2. Constitucionalismo como “teoria normativa do político” ..... 103

### **2.2. TEMÁTICAS CENTRAIS DA TEORIA CONSTITUCIONAL COMO PROBLEMATIZAÇÃO DAS DIMENSÕES CONSTITUTIVAS DO MODELO DE “ESTADO TERRITORIAL SOBERANO” ..... 107**

**2.2.1. Poder constituinte e a criação *ex nihilo*: o vínculo entre constituição e soberania ..... 108**

**2.2.2. Constituição como organização do poder (constituição como fator de integridade) ..... 116**

**2.2.3. Constituição como organização das liberdades (como fator de integração) ..... 118**

**2.2.4. Constituição como elemento de conformação espaço-temporal da identidade nacional ..... 121**

### **2.3. DO ESTADO TERRITORIAL SOBERANO AO ESTADO CONSTITUCIONAL ..... 126**

**2.3.1. Desvelamento dos vínculos entre o modelo de estado territorial soberano e a teoria constitucional ..... 126**

**2.3.2. Constituição como fator de integridade e de integração ..... 131**

## **3. ENTRE O ESTADO-NAÇÃO E O NÃO-ESTADO TRANSNACIONAL: DOS PROCESSOS DE DESCONSTRUÇÃO DO “ESTADO TERRITORIAL SOBERANO” ..... 135**

### **3.1. O IMPACTO DA GLOBALIZAÇÃO NA FORÇA ORGANIZATÓRIA DO PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE .. 136**

**3.1.1. Múltiplas narrativas em torno das globalizações: diferenças e acordos em torno dos processos de globalização em marcha ..... 137**

**3.1.2. Interconexão e interdependência nas relações sociais: a tensão entre o global e o local nos processos de globalização ..... 145**

**3.1.3. Eclipse do modelo de “estado territorial soberano”: do “princípio da territorialidade” para além das fronteiras do Estado-nação. .... 151**

3.2. A PERDA DA CENTRALIDADE DO ESTADO COMO AGENTE DE REGULAÇÃO SOCIAL NOS PLANOS INTERNO E INTERNACIONAL .....	156
<b>3.2.1. Crise da capacidade regulatória do Estado no plano doméstico .....</b>	<b>158</b>
<b>3.2.2. Governança global e as bases institucionais para a constituição de um “espaço público transnacional” .....</b>	<b>165</b>
3.3. INSURGÊNCIA DE “ESPAÇOS DE REGULAÇÃO TRANSNACIONAL” .....	168
<b>3.3.1. Inventários sobre os “espaços transnacionais” e sobre “o direito transnacional” .....</b>	<b>169</b>
<b>3.3.2. Da transição do modelo de estado soberano para a insurgência de espaços de regulação transnacional .....</b>	<b>183</b>
<b>3.3.3. Processos de produção de espaços transnacionais de regulação .....</b>	<b>186</b>
3.3.3.1. Os sistemas regulatórios tradicionais como lugares de produção de regulação transnacional .....	186
3.3.3.2. A formação autônoma (independente do Estado) de espaços regulatórios transnacionais .....	189
3.3.3.3. Qual o grau de importância das estruturas institucionais do Estado-nação para regulação em meio a esses espaços transnacionais de regulação? .....	192
<b>4. MULTIPLICAÇÃO DOS REGIMES DE REGULAÇÃO TRANSNACIONAL: EXPANSÃO, FRAGMENTAÇÃO E INTERCONECTIVIDADE .....</b>	<b>195</b>
4.1. EXPANSÃO E FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL .....	196
<b>4.1.1. Demarcação teórica sobre os regimes autônomos (<i>self-contained regimes</i>) .....</b>	<b>200</b>
<b>4.1.2. Coerência e unidade no direito internacional público: a existência de uma hierarquia informal entre normas no direito internacional .....</b>	<b>211</b>
4.1.2.1. Unidade por intermédio de práticas interpretativas .....	217
4.1.2.2. Unidade por intermédio da atuação integradora da(s) corte(s) internacional(is) .....	220

4.1.2.3. Unidade por intermédio de processos de hierarquização normativa .....	221
<b>4.1.3. Para um eclipse do elemento volitivo no direito internacional: consolidação de relações de precedência hierárquica nos conflitos entre normas.....</b>	<b>222</b>
4.1.3.1. Obrigações decorrentes do art. 103 da Carta das Nações Unidas .....	223
4.1.3.2. Aplicabilidade de normas peremptórias (jus cogens).....	225
4.1.3.3. Obrigações de caráter <i>erga omnes</i> .....	229
<b>4.2. ESPAÇOS DE REGULAÇÃO TRANSNACIONAL PRIVADOS NÃO-ESTATAIS (DIREITO MUNDIAL SEM ESTADO) .....</b>	<b>231</b>
<b>4.2.1. Parâmetros para a compreensão de um direito global: pluralismo jurídico como chave operacional para compreender os regimes transnacionais. ....</b>	<b>233</b>
<b>4.2.2. Delimitação da natureza e da estrutura dos regimes transnacionais privados.....</b>	<b>239</b>
<b>4.2.3. Conflitos entre regimes: parâmetros para a compreensão..</b>	<b>242</b>
4.2.3.1. Fortalecimento de mecanismos e processos de observação recíproca.....	244
4.2.3.2. Utilização da técnica de compatibilização normativa .....	245
4.2.3.3. Substituição da ideia de hierarquização de normas (peremptórias) pela lógica de redes .....	247
4.2.3.4. Mútua observação entre as instâncias decisórias mediante “deferência-padrão” .....	248
<b>4.3. MAPEANDO A “DESORDEM DE ORDENS” NO ESPAÇO TRANSNACIONAL.....</b>	<b>249</b>
<b>4.3.1. Identificação visual do caráter multidimensional e fragmentário.....</b>	<b>251</b>
<b>4.3.2. Tipologia para lidar com os acoplamentos (entre as ordens jurídicas colidentes/sobrepostas) .....</b>	<b>255</b>
<b>4.3.3. Descrição de alguns casos emblemáticos em que o conflito entre regimes e/ou entre órgãos jurisdicionais ficou evidenciado.</b>	<b>264</b>

**5. CONSTITUIÇÃO, QUO VADIS? DESAFIOS  
CONTEMPORÂNEOS À TEORIA CONSTITUCIONAL ..... 273**

5.1. PERMEABILIDADE DAS FRONTEIRAS: POR MECANISMOS DE ARTICULAÇÃO ENTRE AS ORDENS INTERNACIONAL E DOMÉSTICA ..... 274

**5.1.1. Incapacidade explicativa dos modelos teóricos do monismo e dualismo jurídico para lidarem com a “invasão” do direito internacional no âmbito doméstico. .... 274**

5.1.1.1. Em que medida é possível falar no esgotamento destes modelos teóricos? ..... 277

5.1.1.2. Quais têm sido as alternativas apresentadas frente a este cenário? ..... 279

**5.1.2. Pluralismo(s) constitucional(is) como resposta às pressões exercidas sobre a “autoridade” da constituição nacional ..... 280**

5.2. CRISE DA IDEIA DE CONSTITUIÇÃO COMO FATOR DE INTEGRIDADE: PLURALISMO CONSTITUCIONAL E CONCORRÊNCIA DE AUTORIDADES ..... 285

**5.2.1. Pela necessidade de conceber mecanismos de desconcentração da autoridade constitucional ..... 286**

**5.2.2. Cenários da transição de um monismo constitucional para a ideia (ainda por construir) em torno do pluralismo constitucional ..... 288**

**5.2.3. Pluralismo jurídico e pluralidade de narrativas sobre a diversidade no direito ..... 289**

**5.2.4. Do princípio da hierarquização normativa à ideia-força de heterarquia ..... 297**

**5.2.5. Da coerência intrassistemática à exigência de compatibilização: em busca de novos parâmetros para a supraordenação em estruturas heterárquicas ..... 306**

5.3. CRISE DA IDEIA DE CONSTITUIÇÃO COMO FATOR DE INTEGRAÇÃO: “PLURALISMO DE FATO” E O PROBLEMA DA CONSTRUÇÃO DE IDENTIDADES ..... 315

**5.3.1. Demarcando o debate em torno da justa ordenação da comunidade política ..... 317**

5.3.1.1. Entre o indivíduo e a comunidade: elementos para uma contraposição do debate entre liberais e comunitários ..... 318

5.3.1.2. Em defesa da necessidade de estabelecimento de pontes de ligação entre o *eu* e o *outro*: do fato do pluralismo para o pluralismo como norma. .... 322

**5.3.2. Os desafios de construção da identidade constitucional: entre a unidade e a pluralidade ..... 330**

5.3.2.1. Unidade, pluralidade e universalidade do “sujeito constitucional” ..... 331

5.3.2.2. Constituição como conjunto de narrativas sobre o texto constitucional: da transição da ideia de fator de integração para a de fator de convergência. .... 334

**CONCLUSÃO..... 341**

**REFERÊNCIAS..... 351**

## INTRODUÇÃO

**26 de setembro de 2006, São José, Costa Rica**

"Ao pretender anistiar os responsáveis pelos delitos de lesa-humanidade, o Decreto-Lei n. 2.191 é incompatível com a Convenção Americana e, portanto, carece de efeitos jurídicos, à luz do referido Tratado."

*Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*  
**Corte Interamericana de Derechos Humanos**

**29 de abril de 2010, Brasília, Brasil**

"A chamada lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento - o momento da transição conciliada de 1979. (...) A anistia da Lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. (...) A reafirmação da anistia da Lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental."

*ADPF n. 153, Relator Ministro Eros Grau*  
**Supremo Tribunal Federal**

**24 de novembro de 2010, São José, Costa Rica**

"Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos."

*Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*  
**Corte Interamericana de Derechos Humanos**

**15 de dezembro de 2010, Brasília, Brasil**

"[...] a decisão da CIDH tem eficácia apenas política e que 'não tem concretude como título judicial. Na prática, o efeito será nenhum, é apenas uma sinalização'."<sup>1</sup>

*Pronunciamento à imprensa, Site Consultor Jurídico*  
**Marco Aurélio Mello, Ministro do Supremo Tribunal Federal**

Esta sequência de tomadas de posição evidencia a ocorrência de um choque frontal entre as decisões proferidas pela Corte Interamericana de Derechos Humanos e o Supremo Tribunal Federal no tocante à legitimidade da Lei de Anistia brasileira; choque este que,

frise-se, era facilmente antevisto em face da manifestação categórica, anteriormente proferida pela Corte internacional (em 26.9.2006) em relação à legislação chilena, cuja lei de autoanistia guarda muitas similitudes em relação ao caso brasileiro.

Em um dos pólos encontra-se a Corte Interamericana que, mantendo coerência com seus pronunciamentos anteriores, em estrita observância das competências fixadas pela Convenção Americana de Direitos Humanos, reconheceu que a Lei brasileira era inapta a produzir quaisquer efeitos jurídicos (nula de pleno direito). Em razão desta decisão, a recusa do Estado brasileiro em investigar e punir os crimes de Estado praticados durante a repressão militar, pelo seu caráter de crime permanente, configura ofensa à obrigação internacional de proteção dos direitos humanos assumida.

No pólo oposto encontra-se o Supremo Tribunal Federal que, através de decisão vinculante proferida na mencionada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 153), posicionou-se sobre a constitucionalidade da Lei brasileira. Em razão desta decisão, os órgãos judiciários e os demais órgãos da Administração Pública direta encontram-se impedidos de instaurar qualquer procedimento criminal investigatório para apurar a responsabilidade pessoal dos agentes estatais pelas condutas abrangidas pela anistia concedida.

De volta ao âmbito da jurisdição internacional, em sua decisão especificamente proferida contra o Estado brasileiro (*Caso Gomes Lund*), apesar de considerar a existência de pronúncia do Supremo Tribunal Federal na mencionada Arguição de Preceito Fundamental (§§ 43 a 49), a Corte Interamericana deixou de apreciar as razões ali apresentadas por entender que não era competente para interferir no juízo de constitucionalidade feito pelo órgão de cúpula do Judiciário nacional. Desta forma, a Corte “limitou-se” ao juízo de convencionalidade da norma confrontada em face da obrigação internacional derivada da Convenção. Assim, manteve-se circunscrita aos parâmetros e critérios por si mesma definidos. Verifica-se um *silêncio* eloquente por parte da Corte em relação ao debate sobre o processo de redemocratização brasileiro.

Em contrapartida, no âmbito interno, o Supremo Tribunal Federal invocou uma plêiade de argumentos em favor da constitucionalidade da norma, a saber: (i) o caráter democrático e soberano da decisão preferida pelo povo brasileiro, durante o processo de abertura política, reiterado por ocasião do processo constituinte; (ii) a proteção igualmente constitucional das cláusulas do devido processo legal em favor dos cidadãos beneficiários da anistia legal; (iii) a existência de limites

temporais em relação à responsabilização internacional do Brasil no tocante à repressão dos crimes praticados por ocasião do regime militar. Ao longo do extenso arrazoado, a Corte Suprema, em grande parte, ignorou os principais argumentos assentados pela Corte Interamericana no tocante à inconveniência das leis de autoanistia. Verifica-se um *silêncio* eloquente em relação aos precedentes daquela Corte.

De volta à perspectiva da jurisdição internacional, a aplicabilidade da decisão proferida pela Corte interamericana, no fundo, depende da cooperação por parte do Brasil (sobretudo, por parte do Poder Judiciário brasileiro), sem a qual, o dever de instauração de procedimentos para responsabilização criminal dos envolvidos afigura-se, de todo, inexecutável. Isto é assim porque as sentenças internacionais não gozam de aplicabilidade direta e imediata, mas dependem de atos de execução por parte do Poder Executivo que, por sua vez, encontra-se vinculado à decisão proferida por parte do Supremo Tribunal Federal. Esta fragilidade revela um *limite* imanente ao próprio sistema de supervisão internacional dos direitos humanos.

Em contrapartida, apesar do Supremo Tribunal Federal ainda permanecer como “Senhor da constituição” e, portanto, estar constitucionalmente autorizado a proferir decisões inapeláveis sobre o sentido e o alcance do texto constitucional, caso mantenha a postura de resistência à decisão proferida pela Corte Internacional, poderá ver erodida sua legitimidade institucional perante outros *fora* internacional e, sobretudo, em relação à própria comunidade política interna. Em uma sociedade pluralista, as decisões judiciais, mesmo de sua Corte Suprema, devem ser revestidas de elementos adicionais de legitimação substantiva, sob pena de erosão das bases de sustentação da própria autoridade decisória. Eis um *limite* imanente ao regime democrático.

Como se pôde perceber, esta situação afigura-se emblemática, por várias razões: (i) esta é a primeira vez que o Supremo Tribunal Federal tem sua autoridade contestada frontalmente no plano internacional; (ii) não existem regras jurídicas capazes de assegurar a exequibilidade da decisão da Corte Interamericana sem a concordância por parte do Supremo Tribunal Federal; (iii) em que pese serem decisões diametralmente opostas, ambas foram adequadamente proferidas em consonância com seus próprios domínios regulatórios, e, mesmo a decisão da Corte Interamericana (posterior à do Supremo), tecnicamente não tem o condão de desconstituir diretamente a decisão proferida pelo tribunal doméstico; e, (iv) ambas as decisões refletiram uma atitude de indiferença ao diálogo (*silêncio*) e ambas decisões apresentam

fragilidades que podem minar sua própria legitimidade (quer seja pela falta de efetividade; quer seja pela falta de adesão substantiva).

Esta tensão ainda está muito longe de alcançar termo e ainda terá inúmeros outros desdobramentos institucionais que exigirão novas tomadas de decisão, em uma cadeia imprevisível de “interlocação”, cujo final se afigura absolutamente incerto.

No entanto, o que esta tensão tem de mais relevante para os propósitos deste trabalho consiste nas inquietações e mal-estar que ela suscita. Afinal de contas, este entrechoque reflete algo bem mais profundo do que uma “simples” controvérsia interpretativa sobre a legitimidade do dispositivo legal invocado. Esta situação concreta traz à tona inúmeras questões que não podem ser resolvidas com base nos modelos teóricos compreendidos a partir da referência a um modelo de organização política (e de legitimação democrática) construído a partir daquilo que aqui será conceituado como “estado territorial soberano”.

Esta colisão em concreto revela um processo, já em marcha, de transformações profundas na forma de organização do poder e na maneira como as diferentes ordens jurídicas produzidas nos espaços de regulação independentes do Estado interagem. Estas transformações exigem que o direito e, por conseguinte, a própria constituição sejam reconfigurados de forma a lidarem com a insurgência de novas instâncias produtoras de normatividade e, sobretudo, com a multiplicação exponencial das formas de conflitos que surgem em meio a estes novos espaços de interação.

Este é exatamente o contexto movediço e incerto que constitui o pano de fundo desta pesquisa.

\* \* \*

Delimitado o universo de significação do trabalho, incumbe agora tecer breves comentários que permitam a compreensão da problemática específica que condicionou as escolhas teóricas feitas e conferiu a direção a ser trilhada ao longo desta pesquisa.

A constituição, na sua feição moderna, pretende operar como estrutura de ordenação social em determinada comunidade política. Ao longo do processo de consolidação do modelo de “estado territorial soberano”, a constituição foi reconhecida como uma espécie de sinal visível da soberania estatal (não há Estado sem constituição), o que leva a uma identificação muito estreita entre identidade nacional e constitucional.

Este modelo funda-se na ideia de que as questões relativas à justa ordenação das relações sociais são suscitadas e respondidas somente no interior dos estados soberanos e, em menor medida, entre estados

soberanos com territórios, populações e governos (comunidades políticas) mutuamente excludentes. As questões relativas à justa ordenação social envolvem os aspectos relacionados à justa representação, à justa distribuição de bens, ao justo reconhecimento e ao justo tratamento, sendo discursivamente veiculadas através de regras jurídicas fixadas de forma convencional, sobretudo pelo Estado. Estas normas são sistematicamente concebidas como ordens normativas estruturadas e produzidas em âmbitos de validade diferenciados: no plano interno, com base no direito constitucional estatal (direito nacional); no plano externo, com base no direito internacional (direito dos Estados nacionais).

No âmbito interno, a constituição permite a demarcação das fronteiras da ordem jurídica nacional, posto que, na qualidade de centro de imputação de autoridade normativa (estatal), possibilita sua estruturação mediante o encadeamento hierarquizado de centros emissores de ordens normativas (existência de um único ponto de imputação normativa). Portanto, de acordo com a tradição constitucional, é possível identificar pelo menos duas funções que são reconhecidas à constituição, a saber: a capacidade de operar como *fator de integridade do sistema jurídico* (tanto no sentido de prover ao ordenamento jurídico parâmetros formais de validade, quanto de permitir a construção dos postulados da unidade e do dever de coerência intrassistemática) e como *fator de integração da comunidade política* (fornecimento de critérios de legitimação material e de construção das bases que orientem a autocompreensão da comunidade sobre sua própria identidade).

Ocorre que as bases institucionais e culturais sobre as quais estes modelos foram erigidos vêm sendo diuturna e duramente contestadas por conta dos múltiplos processos de transformação em escala global (“processos de globalização”) que, entre tantas consequências, aumentam as relações de interdependência entre os Estados e instituições, tornam cognitivamente insuficientes a delimitação espaço-territorial que constitui o horizonte de significado no interior dos quais foram modernamente construídas as imagens de fronteira, de limites geográficos e de autoridade.

Paralelamente a isto e em relação de coimplicação, tendo a noção de estado territorial soberano como referência, no plano externo, verifica-se uma expansão e fragmentação dos espaços de regulação tradicionalmente concebidos como espaço de regramento de condutas interestatais; em contrapartida, no plano doméstico, constata-se um

crescimento exponencial do pluralismo e da complexidade nas sociedades contemporâneas.

Assim, os modelos teóricos centrados na noção de territorialidade já não são mais capazes de explicar as transformações profundas levadas a efeito neste cenário, o que gera aquilo que é denominado neste trabalho como *crise de identidade da constituição* que coloca em xeque as noções que lhe são modernamente reconhecidas. O cenário de crise será aqui delineado a partir da percepção de dois problemas constitucionais correlatos: o *problema da autoridade* e o da *territorialidade*.

O problema da autoridade está relacionado à relativa erosão da autoridade das instituições estatais frente à insurgência de instâncias decisórias situadas fora do Estado (tanto no âmbito de organizações internacionais constituídas com base no direito internacional, quanto em regimes regulatórios de natureza não-estatal que atuam em segmentos específicos com relativo grau de autonomia, tanto normativa, quanto de solução de controvérsias). A partir da perspectiva das constituições nacionais, este problema pode ser formulado nos seguintes termos: *é possível falar em identidade constitucional, no interior de determinada comunidade política, ante a existência de múltiplas pluralidades de ordens normativas e de concepções de bem concorrentes?*

Por seu turno, o problema da territorialidade está associado aos frequentes deslocamentos dos discursos de índole constitucional situados em outros *fora*, igualmente situados para além do espaço de regulação estatal. Analogicamente, da mesma forma que ocorre com o espaço de decisão política, é possível falar em desterritorialização da gramática constitucional, tendo em vista o seu desacoplamento da relação moderna estabelecida entre constituição, Estado e população. Este problema pode ser formulado nos seguintes termos: *em quais termos seria possível (ou desejável) falar em constituição ao se referir à regulação de espaços normativos não atrelados ao Estado?*

Estes dois problemas se entrelaçam de forma tal que qualquer esforço de demarcação precisa de suas fronteiras só é possível para fins exclusivamente analíticos, correndo-se o risco deliberado de simplificações e apreciações parciais deste fenômeno que é, por definição, multidimensional e poliédrico.

O enfrentamento da crise de identidade a ser feito nesta pesquisa, como se verá adiante, tem por foco, especialmente, o problema da autoridade já que sua análise circunscreve-se, preponderantemente, às funções domésticas desempenhadas pela constituição nacional.

\* \* \*

Com base no problema antes suscitado, é possível definir como **objetivo central** desta tese o propósito de “analisar os impactos da crise de identidade da constituição nas funções a si atribuídas e, por conseguinte, identificar os caminhos para o desenvolvimento de um ‘constitucionalismo da diferença’ que seja capaz de lidar com o problema da concorrência de autoridades e da multiplicação dos choques constantes entre concepções de bem concorrentes”.

Defende-se neste trabalho que ambas as funções clássicas (como *fator de integridade* e como *fator de integração*) permanecem operativas desde que seus discursos sejam formulados em estreita preocupação com a preservação das diferenças, compromisso que se traduz na formação de múltiplas redes de interação e na necessidade de ampliação dos mecanismos de diálogo institucional com outros atores (sobretudo, situados fora do Estado).

A fim de enfrentar este desafio, o presente trabalho assume como perspectiva teórica, a compreensão de que a constituição, enquanto texto constitucional, (re)constrói-se diariamente a partir da articulação de um conjunto multifacetado de discursos institucionalizados revestidos de capacidade de ordenação social de uma determinada comunidade política. E de que, ante o “fato do pluralismo”, os desafios suscitados pela concorrência de autoridades e de concepções de bem colidentes podem ser melhor enfrentados se se adota uma perspectiva normativa de pluralismo, a exemplo da proposta de pluralismo abrangente de Michel Rosenfeld.

Antes, porém, de prosseguir na apresentação do caminho a ser percorrido neste trabalho, faz-se importante esclarecer algumas implicações decorrentes do reconhecimento da dimensão discursiva da constituição, a saber: (i) a ideia segundo a qual “uma” constituição nada mais representa que um *continuum* entre os esforços de construção de identidade (constitucional) por “um determinado” sujeito (constitucional) por intermédio dos mais variados canais de produção de discursos sobre a constituição (que se materializa na fórmula de constituição vivente – *living constitution*); (ii) o sujeito constitucional se constrói originariamente a partir da negação de outra realidade que se lhe contrapõe e que é a partir desta negação original (ausência) que passam a ser identificados os elementos de similitude aptos a contribuírem para a constituição dos laços identitários em determinada comunidade política; (iii) o reconhecimento de uma determinada identidade constitucional não implica a identificação de consensos ou uniformidade, do contrário, pressupõe o dissenso e a pluralidade; (iv) a

noção de comunidade política não se circunscreve necessariamente à noção moderna de Estado, de povo ou de nação. Nada obsta que possam ser constituídas discursivamente “novas” arenas de deliberação pública deslocadas da dimensão territorial do Estado, assim como, analogicamente, podem ser identificadas redes de interação transfronteiriças com elevado grau de coesão interna.

A incapacidade de produção de consensos substanciais em sociedades complexas, salvo a possibilidade de convicções compartilhadas em torno daquilo que não se pode tolerar em uma democracia inclusiva, faz com que se reconheça, inclusive, a impossibilidade de consensos substantivos abrangentes na comunidade política. Em razão disto, as práticas institucionais, para serem admitidas como dotadas de legitimidade material, devem ser discursivamente capazes de produzir pontos de convergência material, tão-somente.

Ao se conceber um cenário de porosidade das fronteiras jurídicas definidas pela constituição, a necessidade de produção de pontos de convergência material é sobrelevada. Tais fatores de convergência estimulam a constituição de relações (contingentes) de identificação ou, ao menos, de convergência entre as distintas esferas normativas que se entrelaçam. Assim, as respostas às tensões intracomunitárias (envolvendo ou não problemas que transcendem as fronteiras nacionais) podem ser melhor alcançadas mediante a “abertura ao diálogo” e a institucionalização de mecanismos que maximizem o entrecruzamento de alternativas.

Esta concepção exige um esforço de ressignificação de muitas das categorias associadas tradicionalmente à constituição. Tem-se, portanto, a necessidade de deslocamento do foco de problematização do texto, para o seu contexto de atuação; do recurso metafórico à “vontade constituinte” à observância das práticas institucionais que conferem vida diária aos comandos textuais; da dimensão organizatória do texto constitucional à sua função estimativa das práticas sociais. Como práticas discursivas, a fonte de legitimidade das instâncias decisórias (estatais, públicas ou quase-públicas) não pode derivar tão-somente de sua fonte formal de autoridade, mas da aptidão para que os discursos produzidos possam ser capazes de produzir pontos de convergência material, portanto, de estimular a constituição de vínculos de identidade, sem desprezo à pluralidade.

Assim, animado por estes propósitos, não se pode olvidar enfrentar tanto as questões associadas ao problema de autoridade (pluralidades instituídas e colisão de autoridades), quanto às questões

suscitadas pelo problema da territorialidade (constitucionalismo para além do Estado).

\* \* \*

A fim de cumprir a este desiderato, a pesquisa foi estruturada em **três partes** bem definidas. A *primeira* destina-se a construir discursivamente as bases institucionais do modelo de “estado territorial soberano”, associando-lhe as principais temáticas tratadas pela teoria constitucional contemporânea. A *segunda* pretende descrever como se produzem os “espaços de regulação transnacional” que colocam em xeque o modelo de organização centrado na figura do Estado, tanto em face da relativa redução da capacidade regulatória do Estado, quanto em decorrência de sua vinculação cada vez maior às múltiplas camadas de regulação jurídica produzidas naqueles espaços. Por fim, a *terceira* se ocupa em analisar os desdobramentos destas transformações nos discursos produzidos em torno da constituição; pretende-se, portanto, mapear as possíveis respostas dadas pela constituição às questões relativas: à “interação” entre ordens normativas; à concorrência entre instâncias regulatórias e entre autoridades decisórias; e, por fim, ao problema dramático da possibilidade de produção de identidade frente ao pluralismo nas sociedades contemporâneas.

A rápida exposição das partes constitutivas deste trabalho faz transparecer os seguintes movimentos em relação à constituição (e à teoria correspondente): de *construção* das narrativas em torno de seus elementos constitutivos; dos seus limites e da necessidade de sua *desconstrução* ante os fenômenos a serem analisados; e dos caminhos para sua *reconstrução* a partir do comprometimento com a incorporação da pluralidade e da diferença.

A **primeira parte** ocupa-se em descortinar o processo de nascimento e consolidação da teoria constitucional e identificar de que forma os seus elementos estruturantes são concebidos a partir das bases institucionais forjadas pelo modelo de estado territorial soberano. Pretende-se, portanto, demonstrar de que forma a consolidação ocidental do Estado moderno ocorre *pari passu* ao processo de demarcação das fronteiras do espaço territorial, já que é nos confins do Estado-nação que são enfeixadas hierarquicamente as múltiplas autoridades (públicas e privadas) e é com base na noção de soberania que se reputa como ilegítima a interferência de outras esferas de autoridade situadas fora do espaço territorial nacional. Assim, a constituição emerge como categoria indissociável à noção de Estado-nação e seus atributos de autoridade, território e soberania.

No primeiro capítulo, pretende-se fornecer subsídios para a compreensão dos elementos que compõem a ideia de soberania atrelados ao modelo constituído sob os auspícios do que, durante o século XIX, passou a ser compreendido como modelo vestfaliano. O retorno à Vestfália e às origens das narrativas sobre a soberania afigura-se importante justamente para compreender de que forma a pluralidade e a ideia de compartilhamento foi reduzida discursivamente às categorias unitárias e totalizantes de soberania e de Estado. A decomposição da categoria soberania e a decomposição de alguns de seus discursos de legitimação permite conceber, mais facilmente, de que forma é possível articular a ideia contemporânea de compartilhamento de autoridade, questão de vital importância a ser enfrentada adiante.

No segundo capítulo, pretende-se identificar como é possível acoplar alguns dos elementos que tradicionalmente são compreendidos como traços constitutivos da teoria da constituição ao modelo de estado territorial soberano. O propósito, portanto, é demonstrar que os traços característicos da constituição como fator de integridade e de integração se consolidam sob o legado de Vestfália. Ao serem estabelecidos estes elementos de ligação, espera-se poder reconstituir adiante os influxos decorrentes da transição do modelo de regulação do estado territorial soberano para os modelos de espaço transnacional de regulação, no âmbito da teoria da constituição.

Na **segunda parte**, a principal preocupação consiste em enfrentar dois dos fatores externos (e intimamente inter-relacionados) que colocam em xeque o modelo de regulação da constituição: de um lado, como os processos de globalização transformam a forma de organização do Estado; de outro, como a multiplicação exponencial da esfera de regulação em espaços que transpassam e transcendem as fronteiras do Estado, colocam em questão o modelo inter-estatal (de baixa densidade normativa) característico do sistema moderno de Estados.

No terceiro capítulo, pretende-se, portanto, identificar e mapear algumas destas transformações responsáveis pela erosão e esgotamento do modelo de organização do “estado territorial soberano” e apontar alguns padrões organizacionais que, operando através de desacoplamentos entre territorialidade e autoridade, apontam alguns caminhos para a reconfiguração dos diferentes espaços de regulação transnacional. Afinal de contas, apontar algumas das causas que desencadearam este processo de esgotamento e de transição paradigmática revela ser de grande importância para que sejam fixadas as bases, a partir das quais serão articulados os diferentes discursos sobre a crise da capacidade regulatória da própria constituição nacional.

No quarto capítulo, pretende-se lidar com dois âmbitos distintos de regulação: os regimes autônomos (*self-contained regimes*) compreendidos como subsistemas especializados do direito internacional; e, os regimes privados de regulação não-Estatal (independente do Estado) que têm na *lex mercatoria* o seu caso paradigmático. Ao enfrentar os âmbitos de regulação, será conferida especial ênfase a algumas questões problemáticas, quais sejam: (i) a necessidade de desenvolvimento de uma adequada compreensão sobre o *conflito entre regimes* e sobre uma possível *unidade* entre os âmbitos de regulação internacional; (ii) a plausibilidade da tese acerca da existência de um processo de deslocamento dos critérios de demarcação do âmbito de validade dos regimes regulatórios, da *territorialidade para a funcionalidade*; e, (iii) o acento a ser dado aos diferentes *atores sociais* que, não somente multiplicam-se em cada uma das diferentes searas, como empreendem diferentes formas de atuação transnacional.

Por fim, na **terceira parte**, pretende-se justamente enfrentar as respostas que a constituição pode dar frente aos desafios que lhe são impostos, ante o colapso do modelo de organização territorial do estado. A multiplicidade de padrões de regulação, o choque cada vez mais intenso entre concepções de bem concorrentes, o enredamento das relações em escala transnacional e global, ambos, exigem que a constituição lide de maneira diferenciada com o pluralismo radical das sociedades complexas (pluralismo interno e externo) e com as diferentes redes de comunicação.

No capítulo quinto, pretende-se identificar de que forma o constitucionalismo vem tentando responder a esses desafios a partir do desenvolvimento de múltiplas narrativas sobre a constituição, que se materializam através de diferentes propostas de pluralismo constitucional. Esta reação pretende dar conta de demandas crescentes por mecanismos de abertura de suas fronteiras jurídicas e pelo reconhecimento de autoridades cuja legitimidade independe do texto constitucional.



## 1. DA DEMARCAÇÃO DAS FRONTEIRAS DO ESTADO MODERNO: BASES INSTITUCIONAIS DO MODELO DE “ESTADO TERRITORIAL SOBERANO”

Neste cenário de crise e de transição paradigmática de modelos teóricos antes mapeado, em que o novo (ainda por construir) convive com o antigo (operativo e resistente), o modelo de organização política centrado na figura do Estado tem sido diuturna e violentamente questionado. Em um cenário pós-vestfaliano, a tônica dos debates no âmbito da ciência política e das relações internacionais têm sido a necessidade de construção de alternativas teóricas ao quebrantamento do acoplamento entre autoridade e território sobre o qual a noção de soberania (na filosofia política e no direito) se consolidou.

A busca pelo enfrentamento da crise e a necessidade de compreensão adequada das particularidades dos elementos insurgentes contribuem para um movimento de “retorno às origens”: uma reconstrução das bases institucionais de sustentação do sistema moderno de Estados e uma redescoberta de Vestfália para além da visão consolidada em torno do “modelo vestfaliano” de organização das relações internacionais. Este movimento de retorno é pontilhado por múltiplos propósitos, entre as diferentes narrativas existentes, este trabalho ocupou-se, sobretudo, em trazer à tona aquelas que se revelaram úteis tanto para a desconstrução das narrativas-padrão sobre as bases de organização moderna do Estado, quanto para a revelação das tensões constitutivas parcialmente acomodadas no modelo de “estado territorial soberano”. Este modelo de organização permitiu a construção de um “imaginário político que mapeou o mundo como um sistema de Estados territoriais soberanos mutuamente reconhecidos” (FRASER, 2009, p. 12).

Este capítulo tem por *objetivo* fornecer subsídios para a compreensão das bases institucionais deste modelo de organização política. Neste processo de reconstrução, pretende-se conferir especial ênfase ao papel desempenhado pela *noção de territorialidade*, tanto para a demarcação dos limites do espaço de regulação estatal (relações de contraposição excludente entre dentro e fora), quanto para o enfeixamento hierárquico das autoridades públicas e a delimitação das fronteiras jurídicas (dupla delimitação jurídica: direito/não-direito e espaço público/privado).

### 1.1. A FORMAÇÃO DO CHAMADO “SISTEMA MODERNO DE ESTADOS”: AS DIFERENTES NARRATIVAS SOBRE OS SIGNIFICADOS DE VESTFÁLIA

Este item tem o objetivo de empreender uma releitura de Vestfália, nas diferentes acepções evocadas por esta expressão, a fim de buscar evidenciar, a um só tempo, as lições que se pode extrair, para o direito e para o constitucionalismo, da narrativa mítica sobre as origens do sistema moderno de Estados (OSIANDER, 2001; BEAULAC, 2004), bem como a forma como as relações de poder e de legitimação passaram a constituir e a se justificar sob seu legado (GOYARD-FABRE, 1999, p. 10-11).

O imaginário político evocado por Vestfália exige, pois, que se explorem seus múltiplos significados e as noções de soberania e de fronteiras por este modelo veiculadas.

A expressão Vestfália tem um uso bastante ambivalente<sup>1</sup>, à medida que serve tanto como metáfora para designar uma ordem global pautada pela tríade Estado-soberania-território, quanto como referência a uma ordem mundial estruturada hierarquicamente e gerida por atores políticos dominantes ou hegemônicos (FALK, 2002).

A fim de explorar estas diferentes acepções, parcialmente inspirado na sistematização proposta por Richard Falk (2002), cada uma das subseções a seguir explorará uma das facetas relacionadas à Vestfália: (i) a Paz de Vestfália como evento histórico que pôs termo à Guerra dos Trinta Anos, em 1648; (ii) o (suposto?) caráter inovador das ideias veiculadas através dos documentos jurídicos firmados em Vestfália (uma espécie de arqueologia conceitual sobre a origem do

---

<sup>1</sup> Essa ambivalência decorre de seu caráter polissêmico. Assim, Vestfália evoca múltiplos usos e referências, sendo possível apresentá-la, apenas exemplificativamente, como: a pedra angular na consolidação do sistema de Estados (MORGENTHAU, 1948), o ponto de transformação de uma época (GROSS, 1948), a mudança paradigmática no desenvolvimento do sistema atual de Estados (NGUYEN QUOC *et alli*, 2003), o paradigma estruturante da relação entre o Direito e o Estado (FRANCA FILHO, 2009, p. 71), o caso exemplar a partir qual, nos novecentos, se passou a atribuir um sentido metafórico à ideia de soberania (KOSKENIEMMI, 2002, p. 51), o mito fundante do sistema europeu de estados (OSIANDER, 2001, p. 266), uma “poderosa ideia-força” que veicula o mito etiológico sobre a efetiva utilização da noção de soberania estatal (BEAULAC, 2000, p. 177; 2004, p. 182), o marco na consolidação da moralidade política autônoma em relação à religião na política internacional (RUGGIE, 1997); o elemento constitutivo de uma “lógica” que informa o sistema moderno de estados (lógica de Vestfália) (LAFER, 1982), o modelo constitutivo do sistema moderno de Estados (KRASNER, 2001), e, em sentido análogo, teria tornado possível um autêntico “enquadramento vestfaliano” na forma de compreender as demandas por redistribuição de justiça no interior dos Estados modernos (FRASER, 2009).

moderno sistema de Estados); (iii) a Paz de Vestfália como expressão da soberania moderna (ênfase em uma espécie de legado constituído a partir de Vestfália); e (iv) a compreensão de Vestfália como um modelo constitutivo a partir do qual são identificados os atributos do Estado e são estruturadas e descritas as formas de atuação e organização (anárquica) da sociedade internacional.

Em consonância com os propósitos de reconstrução definidos neste trabalho, as próximas seções ocupar-se-ão de apresentar, sempre que possível, tanto a narrativa consolidada em torno à particularidade observada, quanto leituras revisionistas. Estas últimas encontram-se umbilicalmente ligadas a diferentes enfrentamentos à crise do próprio sistema de Estados (propostas pós-vestfalianas<sup>2</sup>) e, por isto, como antes salientado, sua particular relevância para este trabalho.

### **1.1.1. *Vestfália como fato histórico: sobre a natureza da Guerra dos Trinta Anos (1618-1648)***

Os Tratados de Paz de Vestfália foram firmados com o escopo deliberado de porem termo à sangrenta Guerra dos Trinta Anos<sup>3</sup>. Este conflito figura na lista dos maiores conflitos mundiais<sup>4</sup>, sendo usualmente reconhecido como o primeiro conflito europeu de grandes proporções por ter envolvido a maioria das potências do continente europeu (GROSS, 1948). Apesar das inúmeras leituras concorrentes

---

<sup>2</sup> Após especificar as bases constitutivas do chamado modelo vestfaliano e analisar inúmeras propostas teóricas de suplantação deste modelo (de caráter assumidamente pós-vestfaliana), Richard Falk (2002, p. 327) reconhece que inexistem as condições institucionais suficientes para que sejam suplantadas as categorias combatidas. O que autor identifica, contudo, é que tais reconfigurações não têm o condão de transformar sistematicamente a forma de organização política dos Estados, razão pela qual seria mais adequado referir-se ao momento presente como “neo-vestfaliano”, uma vez que “the framework had changed in important aspects, but its statist character remains”.

<sup>3</sup> Nem todas as tensões beligerantes foram finalizadas em 1648. A guerra entre França e Espanha terminou, em 1659, com a Paz dos Pirineus. A guerra entre Suécia e Polônia, em 1660, com a Paz de Olívia. A guerra entre Suécia e Dinamarca, em 1660, com a Paz de Copenhagen (BEAULAC, 2000, p. 161).

<sup>4</sup> A Guerra dos Trinta Anos foi um dos conflitos mais destrutivos da história europeia, responsável pela morte de pelo menos 8 milhões de pessoas em uma época em que o continente europeu não contava sequer a 100 milhões (WILSON, 2008, p. 554). A tradição romântica alemã associa o potencial destrutivo da guerra e o intrincado arranjo institucional constituído a partir dos Tratados, como as razões justificadoras do “atraso” na consolidação do Estado alemão (LESAFFER, 1997, OSIANDER, 2001). Visão esta, em grande parte, chancelada pela narrativa oficial sobre Vestfália que põe assento no triunfo da Razão de Estado de Richilieu e na construção identitária da nação francesa (FRANCA FILHO, 2007).

sobre o seu significado (para a Alemanha e para a própria Europa), indiscutivelmente se reconhece que ele é representativo de um período de profundas mudanças pelas quais atravessava a Europa central. Tais mudanças, abruptas ou graduais (de acordo com a perspectiva adotada), são comumente associadas ao nascimento do absolutismo, da consolidação do Estado moderno, dos exércitos permanentes e de uma ordem internacional baseada em estados soberanos (WILSON, 2008, p. 554).

Apesar de existir um significativo desacordo sobre as origens desta Guerra e, por conseguinte, em torno de seu impacto e seus significados possíveis, Peter Wilson (2008) relata a existência de duas principais espécies de narrativas concorrentes sobre as origens e sua natureza: a *primeira*, que enfatiza as ações humanas através da identificação de evidências empíricas que retratem as motivações e as justificativas declaradas daqueles envolvidos na guerra; a *segunda*, que se constrói a partir de explanações estruturais que assinalam um longo processo de mudanças latentes que culminaram na deflagração do conflito. Estas perspectivas serão sumarizadas a seguir.

Em relação ao *primeiro* conjunto, as narrativas comumente são constituídas a partir de evidências empíricas que privilegiam a identificação das rivalidades inter-estatais<sup>5</sup>, das motivações dos atores envolvidos no conflito<sup>6</sup> e, sobretudo, das motivações políticas de cunho ideológico e teológico<sup>7</sup>. Esta guerra, emblemática pelas suas dimensões, teria possibilitado a consolidação das condições institucionais que resultaram no despontamento, como situação política fática (MORGENTHAU, 1948, p. 341), dos Estados como ordens políticas coletivas<sup>8</sup>. Neste sentido, são comuns as narrativas que se referem à

---

<sup>5</sup> É comum referir-se à guerra como um conflito entre “dinastias rivais” pelo domínio do continente europeu (FRANCA FILHO, 2009, p. 75), em especial contra uma pretensão supostamente expansionista da Casa de Habsburgo (OSIANDER, 2001, p. 253-254).

<sup>6</sup> Stéphane Beaulac (2000; 2004) defende que as potências estrangeiras intervieram no conflito com a finalidade de tutelarem seus próprios interesses expansionistas. Andreas Osiander (2001, p. 250-251) defende que o papel “libertador” da intervenção sueca e francesa em favor dos príncipes alemães protestantes, se coaduna com o discurso de legitimação da propaganda francesa e foi enfatizado por conta daquilo que ele chama de uma “ideologia da soberania”.

<sup>7</sup> Leo Gross (1948) ressalta a Guerra dos Trinta Anos e os Tratados de Vestfália como período decisivo em que se consolida o processo de desteologização (laicização) do fundamento de autoridade temporal.

<sup>8</sup> Este padrão de agregação do poder social, segundo John Ruggie (1997), tem nas guerras levadas a efeito no território europeu (do século XVII e XVIII), seus principais vetores de transformação. Para o autor (RUGGIE, 1997, p. 162), a Guerra dos Trinta Anos representa o apogeu das chamadas guerras constitutivas, no curso da qual foram forjados diferentes processos de organização do poder social. O autor sustenta que a agregação de poder social constitui-se através de três níveis: estrutura social doméstica, formação do território e

Guerra como um conflito de feição nitidamente internacional entre potências europeias, tendo como *leitmotiv* a intolerância religiosa e a crise do fundamento universal da autoridade. Tais questões resultariam como ponto culminante da tensão crescente entre o universalismo cristão e o localismo das diferentes formas de expressão política. Esta tensão forja grande parte das narrativas para justificar as dimensões da guerra, o que, de acordo com a leitura crítica de Andreas Osiander (2001, p. 252), evidencia uma frequente oposição entre forças universalistas e particularistas<sup>9</sup>:

[d]e um lado, estavam os atores universalistas: o Imperador e o Rei Espanhol, ambos membros da dinastia de Habsburgos. Fiéis à Igreja de Roma, eles reivindicavam seu direito, e o do Papa, de controlar a cristandade em sua totalidade. Seus oponentes eram os atores particularistas, especialmente a Dinamarca, os Países Baixos, a França e a Suécia, assim como os príncipes alemães. Estes atores rejeitavam a supremacia imperial e (em grande parte) a autoridade do Papa, defendendo ao invés, o direito de todos os estados à independência completa (soberania).<sup>10</sup>

Em relação ao *segundo* conjunto de narrativas, não raro são encontradas referências quanto à inevitabilidade do conflito<sup>11</sup>

---

formação de identidades coletivas territoriais (RUGGIE, 1997, p. 162). Ao referir-se às guerras ocorridas neste período, sustenta que elas evidenciam uma espécie de desenvolvimento e consolidação do princípio da legitimidade internacional. O autor as distingue em três fases distintas: guerras constitutivas; guerras configurativas (ou de sucessão) e guerras de posicionamento (1997, p. 163-165).

<sup>9</sup> Reproduzindo quase literalmente este discurso, pode-se transcrever a lição de Adam Watson (1992, p.182) que em obra considerada uma referência no estudo das relações internacionais (*The evolution of international society*) refere-se a Vestfália como uma comunidade de estados anti-hegemônica, assinalando, textualmente: “The European society of states evolved out of the struggle between the forces tending towards a hegemonial order and those which succeeded in pushing the new Europe towards the independences end of our spectrum. The decisive feature of this process was the general settlement negotiated in Westphalia in the middle of the century after the exhausting Thirty Years War. The Westphalian settlement was the charter of a Europe permanently organized on an anti-hegemonial principle”.

<sup>10</sup> On one side were the ‘universalist’ actors: the emperor and the Spanish king, both members of the Habsburg dynasty. Loyal to the Church of Rome, they asserted their right, and that of the Pope, to control Christendom in its entirety. Their opponents were the “particularist” actors, specifically Denmark, the Dutch Republic, France, and Sweden, as well as the German princes. These actors rejected imperial overlordship and (for the most part) the authority of the Pope, upholding instead the right of all states to full independence (“sovereignty”).

<sup>11</sup> Peter Wilson (2008, p. 556-561) identifica inúmeras abordagens que defendem a *inevitabilidade do conflito*, tanto a partir de uma perspectiva da escola do direito internacional

(BEAULAC, 2000, p. 160). Tais narrativas envolvem diferentes análises que fazem transparecer: uma tensão crescente entre forças políticas antagônicas sobre a autoridade (autoridades estas progressivamente estruturadas em bases territoriais); o fracionamento de “uma ordem política medieval” constituída sobre o pressuposto de existência de uma “comunidade normativa de cristãos” reproduzida mediante discursos de legitimação relativamente consistentes<sup>12</sup>; e, em especial, o acirramento da intolerância religiosa e os conflitos internos suscitados em face da consagração, na Paz de Augsburg (em 1555), do princípio *cujus regio, eius religio*.

Estas múltiplas leituras, contudo, durante muito tempo, não foram capazes de suscitar abordagens alternativas (concorrentes) à visão compartilhada sobre a sucessão de eventos associados à Guerra dos Trinta Anos (seus antecedentes imediatos e a sequência de eventos que tem por desfecho a celebração dos Tratados de Paz de 1648). Neste sentido, Peter Wilson (2008, p. 555) relata a existência de uma espécie de *interpretação-padrão*<sup>13</sup> que apresenta a Guerra dos Trinta Anos como conflito que tem início na revolta dos protestantes Boêmios contra os católicos da Casa de Habsburgo, levada a efeito em 1618, através do incidente que se convencionou chamar de Defenestração de Praga<sup>14</sup>. De

---

(que veem na Guerra dos Trinta Anos uma continuidade das tensões anteriormente instauradas entre as potências europeias), quanto a partir da escola alemã que via o acirramento da intolerância religiosa no interior do Império, em especial, a partir da Paz de Augsburg de 1555, como uma “panela de pressão” prestes a explodir. Todavia, o autor opõe-se a esta inevitabilidade, aduzindo que (i) as diferentes abordagens carecem de abordagem metodológica suficiente ao pressuporem que as tensões religiosas seriam suficientes para o estopim da guerra e para as suas proporções; (ii) trata-se de uma narrativa conveniente, pois enfeixa cada um problema a partir de um feixe de eventos causalmente articulados, reconstruindo os eventos como uma espécie de retrospectiva (2008, p. 561).

<sup>12</sup> Em que pese a multiplicidade de formas de organizações políticas locais, era possível reconhecer a existência de uma unidade relativamente consistente (em torno das ideias de *Respublica Christiana* e cristandade) dos discursos de legitimação, veiculada (e reproduzida) através de instituições como o Papado e o Sacro Império Romano (LAFER, 1982). Segundo Leo Gross (1948, p. 28), o mundo antigo vivia sob os auspícios da ideia de uma comunidade cristã (*Christian commonwealth*), de um mundo harmoniosamente organizado e governo nos reinos espiritual e temporal pelo Papa e pelo Imperador (GROSS, 1948, p. 28).

<sup>13</sup> Peter Wilson (2008, p. 555) refere-se a esta interpretação-padrão como um refúgio conveniente quando os historiadores iniciam o processo de seleção do material de pesquisa.

<sup>14</sup> Considerada por muitos o incidente que desencadeou a sequência de hostilidades que mais tarde passou a ser considerada como Guerra dos Trinta Anos. De acordo com Stephan Beaulac (2000, p. 160), o incidente pode ser descrito sinteticamente nos seguintes termos “On 23 May 1618, a group of Protestants in Prague invaded the Imperial palace and threw two Catholic members of the Bohemian Council out a window, some 70 feet above the ground. The rarely told aspect of the story, however, is that the officials fell into a pile of manure and suffered only minor injuries!”

acordo ainda com esta narrativa-padrão, trata-se de um conflito de origem religiosa e, essencialmente interno à Alemanha, que teria se espalhado em círculos concêntricos por vasta região da Europa Central. Este processo de espraiamento do conflito, em um primeiro momento, teria sido resultado da existência de ligações entre as forças envolvidas na revolta e diferentes potências católicas e protestantes (príncipes alemães e reinos “estrangeiros”) e, em um momento subsequente, teria sido provocado pela intervenção direta das potências europeias de então tanto como forma de prevenir que tais conflitos religiosos se reproduzisse em suas próprias terras, quanto como oportunidade para a consolidação de seus interesses econômicos e políticos sobre a região em que o conflito havia sido deflagrado. (OSIANDER, 2001)

Esta narrativa-padrão sugere uma série de fases cronológicas, cada qual começando com a entrada na guerra de uma potência beligerante: na primeira fase, a Boêmia (1618-1620), o conflito se restringe ao conflito entre o Imperador e os revoltosos nas diversas províncias sob o domínio dos Habsburgos e seus respectivos aliados alemães; na segunda fase, a Palatina (1620-1624), não obstante o conflito ainda restringir-se diretamente às forças políticas que compunham o Império, ganhou proporções geográficas maiores já que se espalhou para o oeste e para o sul do Império e contou com a entrada das forças espanholas que, como representantes dos Habsburgos, vieram em seu auxílio; as fases seguintes representam a intervenção direta de potências estrangeiras, amplificando o alcance do conflito e o seu potencial destrutivo, seriam as fases Dinamarquesa (1625-1629), a Sueca (1630-1634) e a Francesa (1635-1648).

Se por um lado, esta tentativa de periodização-padrão “facilitaria” uma espécie de ordenação sistemática dos fatos, por outro, deixaria de conferir acento à intricada correlação de forças, interesses e padrões de justificação em jogo, tanto no plano “interno” ao “império”, quanto em relação às repercussões externas decorrentes das interconexões dinâmicas. Portanto, na visão do autor, qualquer tentativa de reduzir o conflito e suas repercussões a explicações monocausais representa uma simplificação arbitrária, incapaz de lançar luzes acerca das principais questões políticas em jogo. (WILSON, 2008)

Ademais, o que parece ser a crítica mais contundente do autor, inúmeras das narrativas e perspectivas teóricas que constituem (e reforçam) as narrativas-padrão padecem de inconsistências, incompletudes e carência de evidências empíricas. Tais “explicações históricas” prestam-se mais a justificar (reproduzir) determinadas

premissas pressupostas, do que a submeter o conhecimento produzido à prova (à falseabilidade).

Importa, pois, colocar em dúvida as narrativas que ressaltam a inevitabilidade do conflito, bem como aquelas que o reduzem a um esforço de afirmação do particular (Estado) frente ao universalismo obscurantista do medievo. Escorar-se na existência de uma tradição consolidada, sem questionar-lhe seus fundamentos empíricos como faz Franca Filho (2009), parece ser temerário. Do contrário, acaba por parecer negar que todo esforço de reconstrução histórica afigura-se, necessariamente, contingente e circunstancial, mormente em relação às leituras *ex post facto* sobre os períodos de crise profunda.

### 1.1.2. O caráter pretensamente inovador dos Tratados de Paz de Vestfália

A Paz de Vestfália foi composta por dois acordos distintos, ambos firmados em 24.10.1648, tendo como uma das partes signatárias o Sacro Império Romano: o primeiro deles, o Tratado de Osnabrück, concluído com o Reino (protestante) da Suécia, e o segundo deles, o Tratado de Münster, firmado com o Reino (católico) da França. Tais documentos, todavia, foram redigidos após longo processo de negociação<sup>15</sup> que contou com a presença de representantes de outros Reinos e de mais de trezentos principados e *Stände* (corpos políticos autônomos ou quase-autônomos) do próprio Império<sup>16</sup>.

De início é importante destacar que estes tratados de Paz encerram uma *natureza dúplice*<sup>17</sup>, a um só tempo, constituem-se como

---

<sup>15</sup> O processo de negociação dos acordos que encerraram os conflitos da Guerra dos Trinta Anos reuniu os principais governantes e plenipotenciários europeus da época. O ponto de destaque acerca do processo de negociação residia na própria forma com que os delegados se apresentavam. É digno de nota que esses delegados referiam-se a si mesmos como o “Senado do mundo cristão” (PHILPOTT, 2001, p. 82), em clara referência à presunção de uma “respublica christiana”, ou cristandade, capaz de reuni-los, todos em uma única comunidade. Contudo, ao longo do processo de negociação os contendores não se posicionavam como membros dessa comunidade universal, senão como representantes de unidades políticas particulares (ESTEVEZ, 2006, p 23).

<sup>16</sup> De acordo com Stéphane Beaulac (2004, p. 199), a insistência por parte da França e da Suécia da presença nas negociações de paz dos príncipes alemães representava uma estratégia deliberada daquelas potências de enfraquecerem a posição do Imperador vis-à-vis os Príncipes.

<sup>17</sup> “Before and during the congress there had been a lot of discussion between the Emperor on one side and France and the imperial *Stände* on the other side. The emperor claimed that he alone could and should represent the whole of the Empire. The *Stände*, supported by France, claimed that their participation and approval was necessary. The result was a compromise. The

típicos acordos de paz da época (bilaterais<sup>18</sup>, portanto) celebrados entre forças beligerantes (BEAULAC, 2004, p. 198) e como leis internas ao Império que estabeleciam importantes garantias institucionais que pretendiam acomodar a tensão entre as unidades políticas com forte coloração de intolerância religiosa (STRAUMANN, 2008).

Nestes termos, é oportuna a lição de Randal Lesaffer (1997, p. 75) para quem os Tratados de Paz de Vestfália veiculam uma lógica dúplice inerente à sua própria natureza ambivalente, ou seja, podem ser compreendidos a partir de uma lógica alemã (interna) e uma lógica internacional.

Tais acordos revestem-se de importância histórica inegável, tanto pela dimensão das potências e interesses envolvidos, quanto pela repercussão dele advinda em relação à organização institucional do Império e a relativa estabilidade territorial das bases por ele lançadas.

Todavia, pairam inúmeras controvérsias sobre o seu real significado<sup>19</sup> para a consolidação da noção de soberania (formação dos estados territoriais) e para as transformações subsequentes do direito internacional em face do caráter inovador de suas cláusulas constitutivas (aspectos jurídicos).

Em relação ao primeiro aspecto – a centralidade de Vestfália para a *afirmação da noção de soberania* modernamente considerada –, há uma visão de certa forma consolidada de que tais documentos constituiriam “a ‘certidão de nascimento’ do moderno Estado nacional soberano – base do Estado democrático de Direito atual e ‘momento fundador’ do sistema político internacional.” (FRANCA FILHO, 2009, p. 73). Segundo esta visão, a soberania entre os Estados na Europa, apesar de não ser expressamente textualizada nos tratados, poderia ser

---

preamble and the final clauses concerning signatures stated that the Stände participated alongside the emperor in the making of the agreement. This did not necessarily indicate that the emperor could not bind the Empire by himself, though naturally in the future he would have to reckon with art. 8, par 1 IPO. [...] The Emperor could thus claim that the participation in the negotiations and final approval of his subjects was solely due to the constitutional character of the agreement” (LESAFFER, 1997, p. 77).

<sup>18</sup> Portanto, não se pode falar em um prenúncio de tratados multilaterais como parece fazer crer algumas leituras que reforçam o caráter constitutivo destes tratados para a consolidação de um sistema de Estados, como tendo estabelecido as bases daquilo que se convencionou chamar de *Constitutio Westphalica* (FRANCA FILHO, 2009)

<sup>19</sup> Stephan Krasner (2001, p. 35), com a deliberada pretensão de desconstrução desta visão tradicional sobre Vestfália, chega a pontuar que os aspectos centrais destes tratados de Paz podem ser resumidos em duas questões: a *primeira*, relativa à forma com que o Império, que tinha *de facto* perdido a Guerra, deveria atender à demanda francesa e sueca por conquistas territoriais; a *segunda*, como lidar com as desordens religiosas que estavam dilacerando a Europa e ameaçando minar a estabilidade dos regimes políticos que se instituíam ao longo de todo o continente.

inferida a partir: do reconhecimento aos *Stände* do direito de igualdade independentemente de sua religião; do processo de secularização das nações europeias decorrente justamente da igualdade entre as nações; e da leitura dos esforços diplomáticos realizados por força das tratativas congressuais como tendo consubstanciado uma primeira tentativa séria de estabelecer algo mais organizado e permanente entre os estados europeus (LESAFFER, 1997, p. 71-72).

Nos termos desta narrativa mais entusiasta, os tratados de Vestfália lançariam as bases da chamada *Constitutio Westphalica*, ou seja, representam o reconhecimento formal (por parte das potências europeias envolvidas) de um conjunto de normas mutuamente estabelecidas que, a um só tempo, permitiria a identificação das autoridades no cenário internacional europeu, fixaria as regras a serem seguidas para que tais autoridades fossem reconhecidas como tal; e, fixaria as prerrogativas ínsitas a estas autoridades (FRANCA FILHO, 2009). Esta função remete, por sua vez, à questão ligada ao próprio sistema de Vestfália, que será analisado adiante.

Sobre o segundo aspecto, o *caráter jurídico inovador de suas cláusulas constitutivas*, a questão demanda uma análise um pouco mais pormenorizada. Tais documentos revestem-se de alto grau de complexidade uma vez que encerram dispositivos sobre diversas questões e são recheados de fórmulas típicas dos acordos de paz da época que, lidas hodiernamente, dificultam a compreensão de sua dimensão e da natureza das obrigações por tais documentos veiculados (LESAFFER, 1997). Esta multiplicidade de elementos concorre para que Stephan Krasner (2001, p. 35) reconheça ser mais fácil ver a Paz como uma nova constituição para o Sacro Império Romano, do que vê-la como se fosse a confirmação daquilo que viria ser chamado de sistema de Vestfália<sup>20</sup>.

A primeira questão que merece ser enfrentada diz respeito ao significado jurídico da menção, no artigo 1º de ambos os tratados, tanto às potências estrangeiras aliadas (e aderentes) das partes contratantes, quanto da menção aos eleitores, aos príncipes e aos *Stände* do Império. É comum os diferentes autores verem na presença destas múltiplas autoridades e potências nominadas no dispositivo de abertura dos Tratados como um prenúncio de uma autêntica carta pan-europeia (GROSS, 1948, p. 20), ou como uma espécie de antecipação de noção contemporânea de tratados multilaterais (FRANCA FILHO, 2009), ou

---

<sup>20</sup> Neste sentido, Randal Lesaffer (1997) é ainda mais enfático ao dizer que talvez seja este arranjo político constitucional, a única inovação jurídica dos referidos tratados.

ainda como reconhecimento implícito da ideia de igualdade jurídica entre os Estados (LAFER, 1982). Como explicita Lesaffer (1997)<sup>21</sup>, após estudo detido sobre inúmeros tratados de Paz do medievo celebrados anteriormente à Vestfália, a referência às diferentes forças beligerantes (internas e externas) logo após o preâmbulo dos tratados representava uma prática reiterada da época<sup>22</sup> e não está ligada à enunciação das autoridades que detinham o poder de celebrar os tratados<sup>23</sup>. A inclusão destes diferentes atores nos acordos de paz decorria, na sua leitura, do propósito assumido por intermédio dos tratados em restaurar a paz e a amizade entre as diferentes forças beligerantes (dentre as quais, os próprios *Stände* do Império, alguns dos quais que lutaram contra as forças do Imperador) (LESAFFER, 1997, p. 77-78). Portanto, como dito anteriormente, tais acordos mantinham a sua natureza tipicamente bilateral.

Os referidos tratados representam documentos complexos com dispositivos sobre as mais variadas questões, envolvendo aspectos ligados a diversas reivindicações dinásticas, a demandas por compensação pelo esforço de guerra e por perdas territoriais, ao problema decorrente da intolerância religiosa e das correlatas disputas de poder, à organização do Império e a previsão de garantias institucionais às diferentes comunidades políticas constituídas no seu interior (KRASNER, 2001, p. 35). Considerando os objetivos do trabalho, pretende-se, a partir do esquema fornecido por Stéphane Beaulac (2000; 2004), enfrentar brevemente estes dispositivos a partir da sua reunião em grupos temáticos, para, em seguida, apresentar algumas peculiaridades observadas por Randall Lesaffer (1997; 1999).

De acordo com Stéphane Beaulac (2004), os tratados encerram, de forma mais emblemática, cláusulas que envolvem: (i) questões religiosas, (ii) questões territoriais, e (iii) questões relativas ao poder de firmar obrigações internacionais.

---

<sup>21</sup> Randal Lesaffer (1997) realiza uma análise detida dos quinze maiores tratados europeus de paz no período compreendido entre 1450 e 1648, a fim de avaliar o grau de inovação jurídica dos documentos em questão (LESAFFER, 1997, p. 75).

<sup>22</sup> O autor relata que esta fórmula era familiar a muitos dos tratados de paz do século XVI e XVII. Ademais, associada à prática de referenciar no preâmbulo dos tratados somente os governantes supremos presente desde o séculos XV e XVI, reforça a tese de que a menção aos sujeitos nos artigos iniciais do acordo de Paz não tinha nenhuma relação direta com o poder de celebrar tratados (LESAFFER, 1997, p. 78).

<sup>23</sup> Essa questão, frequentemente, é saudada como uma das primícias da modernidade nos Tratados de Vestfália (GROSS, 1948; FRANCA FILHO, 2007).

Indubitavelmente, (i) as cláusulas de natureza religiosa dos tratados representam parte relevante de seu legado<sup>24</sup>. Tais cláusulas consagravam inúmeras garantias relativas à tolerância religiosa aptas a disciplinarem as práticas religiosas no interior do Império (em que pesem terem sido veiculadas em um documento internacional). A fixação destes parâmetros normativos representou um importante passo adiante se consideradas as regras definidas por ocasião da Paz de Augsburg (de 1555), já que, como um autêntico prelúdio da salvaguarda das chamadas liberdade dos modernos<sup>25</sup>, foram definidos inúmeros limites à autoridade dos príncipes, antes absoluta (*cujus regio, eius religio*), sobre a esfera da religião. Dentre esses limites, podem ser destacadas as seguintes regras: os príncipes não poderiam obrigar que seus súditos fossem coercitivamente convertidos; era reconhecida uma relativa margem de liberdade de consciência através da qual eram conferidos autênticos direitos aos súditos de prática de serviços religiosos e de educação religiosa; e, mais significativamente ainda, assegurava entre católicos e protestantes, cláusulas de representação paritária em assembleias e órgãos de deliberação do Império (BEAULAC, 2000, p. 164-165; 2004, p. 198-204). Portanto, em que pese sua relevância, não se pode associar diretamente tais cláusulas à consolidação da soberania moderna, pelo contrário, já que tais regramentos importaram em autêntica restrição<sup>26</sup> (imposta através de um instrumento internacional) à forma de organização interna ao próprio Império.

O (ii) segundo grupo de cláusulas reunidas por Stéphane Beaulac (2000; 2004) diz respeito às *disputas territoriais*, dimensão igualmente importante dos Tratados e que, da mesma forma, é reconhecida como parte representativa de seu legado. Sem dúvida alguma, pôde-se perceber uma relativa acomodação das fronteiras advindas dos referidos acordos de Paz (WATSON, 1992) e, mais ainda, é possível ver na ênfase atribuída às questões territoriais nestes documentos, efetivamente, um indício da importância crescente atribuída à territorialidade como traço constitutivo do modelo de organização do poder político em consolidação na Europa (RUGGIE, 1997). Todavia, a questão territorial colocada em evidência pelos tratados, diferentemente

---

<sup>24</sup> Como ressalta Leo Gross (1948, p. 24-26), ao reforçar a importância da inclusão em Vestfália destas cláusulas de garantia e de busca de soluções pacíficas, nos desdobramentos futuros das relações internacionais.

<sup>25</sup> A expressão refere-se à clássica contraposição formulada por Benjamin Constant (1985).

<sup>26</sup> Restrição esta reforçada pela ideia de garantia das potências estrangeiras em relação ao descumprimento.

do que propaga a visão tradicional<sup>27</sup>, não implicou no reconhecimento da independência soberana das potências públicas envolvidas, tanto no conflito, quanto nas negociações de paz, mas teria se materializado, nos referidos acordos, através da acomodação de múltiplos interesses, tanto de potências estrangeiras, quanto das forças políticas internas ao Império.

É possível afirmar isto a partir das seguintes inferências: (i) à época da assinatura dos tratados, a condição de autonomia das potências envolvidas (segundo a tradição do medievo) não lhes era questionada (era o caso da França, da Suécia, da Dinamarca, da Espanha e do próprio Império); (ii) diferentemente do que é apregoado, não se pode afirmar que alguns Estados tiveram sua existência constituída pelos referidos Tratados, como muitas narrativas afirmam ter sido o caso dos Países Baixos<sup>28</sup> e da Confederação Suíça; e, por fim, (iii) a satisfação dos interesses expansionistas da Suécia e da França se deu através de múltiplas soluções que não se resolviam, simplesmente, na outorga de poderes “soberanos” sobre territórios do Império àqueles Reinos.

Ademais, (iii) em relação ao chamado poder de celebrar tratados, reconhecido textualmente aos príncipes alemães, nada mais significava do que uma prática já consolidada antes da Guerra e que, a rigor, reforçava a sua condição de relativa “subordinação” ao Império, quando limitava o exercício destas prerrogativas (KRASNER, 2001, p. 37-38). Portanto, não lhes foi atribuído, por força dos Tratados, autoridade

---

<sup>27</sup> Representativa desta visão compartilhada sobre a natureza dos impactos da Paz de Vestfália, é o seguinte trecho extraído de Martin van Creveld (2004, p. 121-2): “A Paz de Vestfália, que, em 1648, encerrou a guerra, marcou o triunfo do monarca sobre o Império e a Igreja. O território imperial foi repartido. O reino da Suécia ficou com grande parte do litoral báltico, ganho que, ao final, não seria permanente, pois foi perdido mais tarde para a Prússia; o rei da França recebeu uma parte considerável da Alsácia, que estava destinada a permanecer em suas mãos. Os suíços, que haviam se distanciado das leis imperiais em 1499, finalmente se libertaram e, assim, alcançaram a independência completa, que ainda conservam. [...] O oeste e o centro da Europa foram divididos entre potentados soberanos seculares – embora seu número, engrossado pelos príncipes alemães que receberam ‘domínio territorial’ ou *Landhhoheit*, tenha passado bastante de quinze. Os que estavam dentro do Império receberam praticamente todos os privilégios da soberania, inclusive o direito de manter suas próprias forças armadas e, o que pelo menos em teoria lhes havia sido negado até então, o direito de fazer alianças entre si e com potências estrangeiras ‘contanto que não se voltassem contra o imperador’. Esse acordo complicado foi garantido por dois príncipes não-imperiais, os reis da França e da Suécia. Assim, chegara-se ao ponto em que o próprio Império, em vez de proteger a paz dos outros, precisava de proteção.”

<sup>28</sup> Primeiro, porque o reconhecimento formal das Províncias Unidas dos Países Baixos foi feito através do Tratado de Paz assinado em 30.1.1648, entre Espanha e Países Baixos, em Münster. Segundo, porque desde longa data já se reconhecia a perda do controle dos Países Baixos da autoridade da Espanha. (OSIANDER, 2001; LESAFFER, 1997).

soberana, do contrário, tais documentos reforçaram os vínculos institucionais que os ligavam ao Império, o que permitiu a consolidação do chamado *Landshoheit*<sup>29</sup>, conceito este que se erige a partir de um complexo “sistema de relações recíprocas entre unidades políticas autônomas que justamente não se baseavam no conceito de soberania” (OSIANDER, 2001, p. 270)

Mesmo reconhecendo que parte da importância atribuída a Vestfália decorre de uma europeização *post factum* da ordem constitucional alemã e da propagação de suas cláusulas de tolerância religiosa no cenário político europeu, Randall Lesaffer (1997, p. 79-83) menciona a existência de três espécies de cláusulas que podem ter contribuído para que, a partir do século XIX, fosse possível insinuar a existência de uma intenção de estabelecer uma ordem internacional mais permanente (algo como uma constituição europeia embrionária). Tratam-se das seguintes disposições (todas do Tratado de Onsbück): a primeira, o compromisso de solução pacífica<sup>30</sup> (art. 17.5); a segunda, a cláusula de intervenção das partes signatárias em caso de desrespeito ao pacto<sup>31</sup> (art. 17.6); e, a terceira, as cláusulas de extensão a terceiros não-

---

<sup>29</sup> Reproduzindo o publicista alemão Johann Jacob Moser (1745), Andreas Osiander (2001, p. 272) defende ser possível definir o *Landshoheit* dos Estados do Império como: “um direito que lhes pertenciam e que lhes habilitava em suas terras e territórios a comandar, a proibir, a decretar, a exigir coercitivamente e a omitir qualquer coisa, da mesma forma que qualquer outro governante, **na medida em que não se encontrassem constrangidos pelas leis e tradições do Império**, pelos tratados com os demais Estados e súditos, as liberdades e tradições antigas e bem-estabelecidas, e assim por diante” (destaque acrescido). Tradução livre de: “a right pertaining to them and empowering them in their lands and territories to command, to forbid, to undertake, or to omit everything that... pertains to any ruler, inasmuch as their hands are not tied by the laws and traditions of the empire, the treaties with their local estates and subjects, the latter’s ancient and well-established freedoms and traditions, and the like”. (OSIANDER, 2001, p. 272).

<sup>30</sup> A primeira cláusula refere-se ao compromisso firmado no tratado de que se tentasse solucionar eventual tensão decorrente do descumprimento do Tratado, através de meios pacíficos por pelo menos três anos. Todavia, estas questões circunscreviam-se às garantias de índole religiosa fixadas no Tratado, portanto, em grande parte, permaneciam circunscritas às relações internas ao próprio Império. O autor ressalta, porém, que, em última instância, estas questões poderiam repercutir em problemas de índole territorial, ou ainda, potencialmente, poderia importar em algum incidente internacional, considerada a condição da titularidade dominial conferida à Suécia e as prerrogativas reconhecidas aos habitantes da região transferida ao domínio francês (LESAFFER, 1997, p. 80).

<sup>31</sup> A segunda cláusula representava uma autorização expressa de que as partes signatárias (no caso, a França e a Suécia), poderiam intervir em defesa de vítimas, no caso de desrespeito das garantias por parte do Império em relação aos *Stände*. A previsão deste tipo de cláusula (de cláusula de garantia de terceiras potências), de fato, ainda não existia até então, e, provavelmente, os tratados de Vestfália tiveram um impacto na prática dos países na segunda metade do século XVII. O que o autor ressalva, porém, é que em Vestfália esta questão circunscrevia-se aos arranjos institucionais do Império.

signatários<sup>32</sup> (art. 17.8, esta última, textualmente reproduzida no § 127 do Tratado de Münster). Todavia, de acordo com o autor, tais cláusulas: (i) não significaram nenhuma inovação jurídica significativa, já que haviam sido previstas em outros tratados de paz anteriormente celebrados; bem como, (ii) não tem o condão de conferir feição moderna às relações internacionais, já que estes Tratados, não distoam em nada dos “acordos de paz” típicos dos séculos XIV e XV.

No entanto, se de um lado não se pode afirmar que o sistema de Estados nasce em Vestfália, de outro lado, para além da magnitude das potências envolvidas, duas autênticas inovações jurídicas podem ser identificadas entre suas disposições. Randall Lesaffer (1999) defende que somente estas poderiam ser identificadas como primícias de modernidade no direito internacional, a saber: as *cláusulas de anistia geral* pelas agressões e pelos abusos cometidos durante os conflitos<sup>33</sup> e as *cláusulas de restituição ao status quo* anterior à guerra como forma de legitimação (baseada na legalidade) das decisões sobre a titularidade de bens e sobre a dominialidade dos territórios e bispados do Império<sup>34</sup>. As primeiras disposições provocavam uma espécie de primeira ruptura com a ideia de moralidade ínsita ao conceito de guerra justa (própria do medievo<sup>35</sup>), já que as cláusulas de anistia veiculavam uma concepção não-discriminatória de guerra<sup>36</sup>. Por outro lado, o segundo grupo de disposições permite identificar traços de desteologização da autoridade e de introdução de uma espécie de dever de justificar as reivindicações territoriais em critérios de racionalidade legal (LESAFFER, 1997, p. 95).

De acordo com Randall Lesaffer (1997), a grande novidade (com maior potencial transformativo) dos tratados de Vestfália teriam sido decorrentes de sua feição híbrida. Esta peculiaridade conferiu uma

---

<sup>32</sup> Através desta terceira cláusula, determinava-se que o compromisso de restaurar a paz e a amizade deveria ser estendido para além das partes contratantes, mas para seus aliados e aderentes. Tais cláusulas permitiram que fossem acrescentadas ao compromisso de restauração da paz, terceiras partes não signatárias. A restauração da paz, nestes tratados, significava que qualquer tipo de hostilidade entre eles deveria chegar a um fim, ou seja, de que as partes prometiam não prejudicar uns aos outros, tanto através de não participação em alianças e coalizões hostis, quanto através do uso direto de violência uns aos outros e em relação aos seus súditos (LESAFFER, 1997, p. 83).

<sup>33</sup> Artigo 2º do Tratado de Onsbück e §2º do Tratado de Münster.

<sup>34</sup> Artigo 3º, itens 1 e 2, do Tratado de Onsbück e § 5º e 6º do Tratado de Münster.

<sup>35</sup> Paulo Emilio Borges de Macedo (2009) esclarece que o debate sobre o direito da guerra representa o marco constitutivo do direito internacional moderno e representa um passo decisivo de uma mudança no direito das gentes para o direito *inter gentes*.

<sup>36</sup> Esta prática passou a se repetir com bastante frequência após Vestfália, acabando por reforçar a ideia da guerra como instrumento de política internacional dos Estados.

dimensão internacional aos arranjos institucionais do Império (notadamente em relação à dimensão religiosa e ao funcionamento das instâncias imperiais de controle/contenção tanto da atuação dos príncipes, quanto do próprio Imperador), dimensão esta que permitiu, segundo defende o autor (1997, p. 95), uma posterior transferência destas cláusulas de tolerância religiosa e os arranjos institucionais do Império para o cenário europeu.

Ante todo o exposto, somente um elevado grau de entusiasmo consentâneo à recém promulgada Carta das Nações Unidas (1948) é que explicaria a alusão feita por Leo Gross (1948) aos tratados de Vestfália como uma autêntica Carta Pan-Europeia. Pelo contrário, os referidos documentos, como acordos internacionais, nada mais teriam veiculado que não a pretensão típica de firmar compromissos entre as potências dinásticas no final do medievo para por termo a um estado de beligerância.

Se por um lado, a contribuição dos mencionados documentos é muitíssimo reduzida para a posterior consolidação do modelo vestfaliano; por outro lado, o arranjo institucional do *Landshoheit* por eles veiculados tem sido contemporaneamente recuperado como uma experiência positiva ocorrida nos primórdios da modernidade<sup>37</sup>.

Em que pese a relevância das questões suscitadas por este “retorno à Vestfália”, a reflexão que mais se coaduna com os propósitos deste trabalho consiste na proposta de Andreas Osiander (2001), preocupado exatamente com a crise da noção de soberania e com o desacoplamento entre território e autoridade. Para o autor, a constituição do Império (leia-se, os tratados de Vestfália, na sua dimensão interna) fornecia um arcabouço institucional que admitia uma espécie de compartilhamento de autoridade entre o Império e os *Länder* a partir de outros parâmetros que não a oposição entre soberania e autonomia dos corpos intermediários<sup>38</sup> (2001, p. 276-278)<sup>39</sup>. Desta forma, olhar para

---

<sup>37</sup> Não sem certa dose de exagero, em relação à dimensão multinivelada da autoridade no âmbito do Império, de um lado, Roderick Hills (2006) chama a atenção pelo arranjo quase-federal a partir do qual se mantinham diferentes tipos de vínculos de cooperação entre o Império e os diferentes *Länder*; de outro lado, em sentido similar, Benjamin Straumann (2008) defende ser possível identificar alguns importantes mecanismos institucionais que permitiriam uma adequada proteção às liberdades religiosas ante a existência de desacordos profundos sobre religião.

<sup>38</sup> De acordo com Andreas Osiander (2001, p. 272-277), o Império não tinha governo central (tanto antes, quanto depois de 1648), não era um Estado, mas um regime (segundo a terminologia das Relações Internacionais). A autonomia das entidades políticas era limitada de duas formas: externamente através das leis do Império, e, internamente, através dos arranjos constitucionais dentro de cada um dos territórios. Por sua vez, estas regras não poderiam ser

além da narrativa tradicional atribuída aos tratados de Vestfália, muito mais do que um esforço de arqueologia conceitual, permite sejam produzidas visões alternativas/concorrentes que podem suscitar *insights* interessantes para o enfrentamento dos desafios contemporâneos de compartilhamento de autoridade em um mesmo espaço.

### 1.1.3. Paz de Vestfália como expressão da soberania moderna (transição paradigmática)

Há um relativo consenso segundo o qual os Tratados de Paz de Vestfália representam o “fim de uma época” (GROSS, 1948, p. 28). Afirmar isto implica postular um rompimento substancial com a concepção universalizante de unidade de valores cristãos largamente compartilhada durante a Cristandade<sup>40</sup>. Este consenso abrangente sobre a origem vestfaliana do moderno sistema de Estados teria encontrado espaço nas diferentes tradições teóricas das relações internacionais e, em certa medida, ao ser associado à obra de Hugo Grócio, acabou por reforçar a narrativa em torno da paternidade do próprio direito internacional (GROSS, 1948; LESAFFER, 1997; MACEDO, 2009).

Dois trabalhos considerados clássicos (*The Peace of Westphalia, 1648-1948*, de Leo Gross, e *The Problem of Sovereignty Reconsidered*, de Hans J. Morgenthau), ambos datados de 1948, acabaram por contribuir significativamente para a consolidação da ideia de que os Tratados de Paz de Vestfália representam uma “pedra angular” para a consolidação do moderno sistema de Estados. Tais trabalhos são representativos das principais correntes dos estudos das relações internacionais, o idealismo/institucionalismo e o realismo, e teriam

---

alteradas sem que houvesse o consentimento dos corpos representativos existentes em seu interior. No século XVIII, o prestígio do Imperador e do Império como um arcabouço institucional residia em grande parte na proteção jurídica oferecida aos corpos deliberativos e aos cidadãos dentro de seus respectivos territórios. Ainda de acordo com o autor, o poder do imperador era grande o bastante, mas não o suficiente para valer-se deste poder para oprimir as autoridades locais.

<sup>39</sup> A questão acerca do desmembramento da noção de soberania será tratada na seção 1.2.1.

<sup>40</sup> Sobre este momento de transição, interessante a lição de Adam Watson (1992, p. 182), para quem os estados independentes constituídos na Europa no século XVII, “[...] still felt themselves to be parts of the wider whole that had been Latin Christendom, and the interaction between them was now such that each state, and especially the more powerful ones, felt obliged to take account of the actions of the others. They recognized that, since the medieval restraints had disappeared or become irrelevant, new rules and procedures were needed to regulate their relations.”

contribuído para que tais premissas fossem assumidas por diferentes (e mesmo antagônicas) tradições científicas<sup>41</sup>. O primeiro estudo vislumbra nos Tratados de Vestfália a pioneira dentre outras tantas iniciativas de se estabelecer algo que “se assemelhasse a uma unidade mundial constituída sobre a atuação de Estados no exercício de uma soberania irrestrita sobre determinados territórios e desprovidos de sujeição a qualquer autoridade terrena”<sup>42</sup> (GROSS, 1948, p. 20). O segundo estudo, por sua vez, reconhece que o exercício da soberania “como poder supremo” por ocasião da celebração daqueles Tratados, representava um “fato político inconteste”, o que “significava a vitória dos príncipes territoriais sobre a autoridade universal do Imperador e do Papa, de um lado, e sobre as aspirações particularistas dos barões feudais, de outro lado”<sup>43</sup> (MORGENTHAU, 1948, p. 341).

Esta concepção de virada paradigmática<sup>44</sup> encontra eco, igualmente, em importantes historiadores, como relata Kelly Gordon (2008, p. 6-8), fazendo referência à releitura proposta por Josef Polisensky (historiador tcheco), o qual, através de sua *The Thirty Years War*, de 1971, analisa a relativa perenidade dos domínios territoriais após os Tratados. O autor defende, em síntese, duas questões centrais: que as mudanças territoriais ali estabelecidas possibilitaram um maior controle dos governantes sobre suas terras, contribuindo para a consolidação da doutrina da integridade territorial, e (não sem certa dose de exagero ou entusiasmo) que Vestfália inauguraria uma era na qual a “história torna-se efetivamente um todo que envolve a totalidade do continente europeu e suas dependências ultramarinas”<sup>45</sup>.

Estes aspectos concorrem para o desenvolvimento da ideia de que a concretização material dos elementos constitutivos da soberania seria resultado direto da Paz de Vestfália (GORDON, 2008, p. 3-4). Desta

---

<sup>41</sup> A literatura é pródiga em apontar a difusão das ideias de Leo Gross e de Hans Morgenthau no tocante ao caráter paradigmático dos Tratados de Paz de Vestfália (OSIANDER, 2001; TESCHKE, 2002; FALK, 2002).

<sup>42</sup> “resembling world unity on the basis of states exercising untrammelled sovereignty over certain territories and subordinated to no earthly authority”

<sup>43</sup> “By the end of the Thirty Years’ War, sovereignty as supreme power over a certain territory was a political fact, signifying the victory of the territorial princes over the universal authority of emperor and pope, on the one hand, and over the particularistic aspirations of the feudal barons, on the other”. (MORGENTHAU, 1948, p. 341).

<sup>44</sup> A expressão virada paradigmática, aqui, é utilizada em sentido lato, desprovida da complexidade e dos elementos que compõem o conceito de revolução paradigmática no pensamento de Thomas Kuhn.

<sup>45</sup> “[t]he Westphalia inaugurated an era where this history becomes effectively a unitary one involving the whole continent of Europe and the overseas dependencies of maritime powers” (POLISENSKY, p. 225, *apud* GORDON, 2008, p. 6).

forma, a narrativa tradicional confere aos tratados de Paz um papel decisivo para o desaparecimento das instituições pré-modernas de autoridade política<sup>46</sup>, para a consolidação do estado territorial como princípio organizativo fundamental (CAPORASO, 2000) e para a laicização dos fundamentos de legitimidade do exercício do poder político (LAFER, 1982). Ademais, o correlato esforço teórico de afirmação do sentido de soberania, além de consolidar a territorialidade do Estado, teria o condão de combater, teórica e praticamente, no plano externo, a Igreja e o Império (dotados de pretensão universalizante de poder) e no plano interno a nobreza e as cidades (formas autóctones de organização fragmentada e descentralizada) (VAN CREVELD, 2004, p. 83-176)<sup>47</sup>.

Com o escopo de sintetizar tais abordagens, James Caporaso identifica as seguintes ideias veiculadas por esta visão tradicional: (i) as ideias universais que conferiam coesão ao mundo medieval (não obstante se reconhecer a grande diversidade no interior da *Respublica Christiana*) deram lugar a estados e nações separadas, cada uma delas capazes de definir seus próprios propósitos e missões culturais<sup>48</sup>; (ii) a ideia de soberania enraizou-se, embora não imediatamente, e forneceu a justificação ideológica para o controle último dentro de um território específico, ao mesmo tempo em que conferia a base para o reconhecimento de outros Estados; (iii) soberanos faziam tratados com outros soberanos, aparelhavam-se para governar dentro do território, esforçavam-se em excluir outras autoridades de interferirem na política doméstica, desenvolveram controles rígidos sobre as fronteiras, e participavam ativamente na construção da noção de cidadania e de nacionalismo.

---

<sup>46</sup> “Estes [as autoridades políticas localmente limitadas], no entanto, sentiam-se vinculados, uma vez que tiveram vigência, naquela época, de um lado, à maneira de Dante Alighieri, a concepção de *imperium mundi*, inspirada na experiência de Roma; e, de outro lado, a de uma comunidade de valores religiosos – a *Respublica Christiana*. Daí, respectivamente, as instituições do *Sacro Império* e do *Papado*. Do ponto de vista jurídico, a comunidade internacional da Baixa Idade Média estava regida por duas ordens diferentes: (i) no interior do Sacro Império vigia o Direito Romano, e subsidiariamente o Direito Canônico e o Direito Feudal; e (ii) nas relações entre o Império e as comunidades situadas foras de seus limites, prevalecia uma certa *consuetudo communis* – um Direito Costumeiro extremamente rudimentar, pois o localismo do poder e da vida não fez prosperar os contactos entre comunidades distantes.” (LAFER, 1982)

<sup>47</sup> Semelhante leitura é empreendida por Celso Lafer (1982) para quem a luta era travada contra os *collegia* medievais existentes abaixo do nível do Estado e as autoridades universais existentes acima do Estado.

<sup>48</sup> Desde o século XIV a presunção de um império universal capaz de prover sentido à dinâmica social, particularmente ao exercício do poder político, foi, progressivamente, perdendo sua capacidade de promover a ordem e a paz (PHILPOTT, 2001, p. 75).

Esta leitura seria construída a partir de inúmeras inferências feitas tanto dos eventos históricos correlatos, quanto por uma (mal)compreensão de algumas das cláusulas dos referidos tratados. Segundo Randall Lesaffer (1997, 72-73), a propagação de tais ideias sustenta-se, em maior ou menor medida, das seguintes inferências: (i) da presença no conflito das maiores potências europeias da época; (ii) da existência de cláusulas de garantia convencional as quais conduziriam à construção de um *balanço de poder permanente* entre as potências fixado mediante cláusula convencional e salvaguardado por garantias jurídicas diretamente aplicáveis; (iii) da leitura de que tais documentos teriam representado um ato constitutivo de estados soberanos europeus, o que implicaria no reconhecimento entre si de uma sociedade de nações; (iv) da constituição da comunidade internacional em substituição à concepção medieval e hierárquica de *Respublica christiana*.

Contra esta visão tradicional, vêm crescendo inúmeras narrativas alternativas que pretendem reduzir a importância usualmente atribuída a estes tratados para a consolidação do conceito de soberania vestfaliana. Paradoxalmente, estas leituras revisionistas propõem visões aparentemente irreconciliáveis: de um lado, encontram-se aqueles que identificam a existência de traços significativos da soberania anteriormente aos referidos tratados de Paz; de outro lado, há aqueles que defendem que a ideia de soberania só teria se constituído como modelo normativo, muitos anos após Vestfália.

Em relação àqueles que defendem serem anteriores à Vestfália os traços constitutivos da soberania a si atribuídos podem ser listados James Caporaso (2000) e Bruno Bueno de Mesquita (2000). O primeiro defende que a concepção de soberania deve ser desconstruída, analiticamente, em três elementos constitutivos distintos (território, autoridade pública e “poder de decisão”)<sup>49</sup> e que, se fosse assumida como ponto de partida a concepção tradicional de soberania como prerrogativa exclusiva sobre determinado território, tal ideia já vinha sendo constituída a pelo menos cinco séculos. O segundo autor, de maneira ainda mais enfática, propõe que a noção de estado territorial seria tributária direta das tensões entre o Papado e os reis europeus (cujas bases remontam à Concordata de Worms<sup>50</sup>, de 1122) e que a

<sup>49</sup> Cf. seção 1.2.1.

<sup>50</sup> Trata-se de um acordo firmado entre o Papa Calixto e o Rei Henrique IV do Sacro Império que puseram fim a um conjunto de tensões entre as autoridades eclesiais e seculares sobre o poder de nomear os bispos, os bispados representam fonte de autoridade tanto religiosa, quanto secular. Apesar de ser saudada como uma vitória do Papado que mantiveram o poder de

solução de compromisso que pôs termo à tensão entre estas autoridades permitiu a consolidação das bases territoriais dos bispados e, assim, permitiu o desenvolvimento de um conjunto de mecanismos institucionais de controle sobre o território que forneceriam as bases de sustentação para a consolidação do processo de centralização da administração, essencial à configuração da territorialidade do Estado moderno. Neste contexto, na visão destes autores, a Paz de Vestfália nada mais representaria do que um passo além no processo de consolidação das bases do estado soberano que lhe era anterior.

Em relação àqueles que defendem que este ideal de soberania só se materializaria muitos anos seguintes, encontram-se Kelly Gordon (2008), Andreas Osiander (2001) e Benno Teschke (2002). Entre tais autores, ademais, há leituras muito díspares sobre o papel desempenhado pelos Tratados de Vestfália para a consolidação da chamada soberania vestfaliana.

Para Kelly Gordon (2008), seria possível reconhecer nos tratados tão-somente fragmentos para a consolidação da ideia de integridade territorial, ocorrida dois séculos seguintes, já que os mesmos se limitavam a disciplinar questões de índole territorial e a fixar as bases para uma secularização das questões religiosas. Por sua vez, Andreas Osiander (2001) nega a existência de qualquer vínculo estrutural entre o moderno sistema de Estados e os referidos tratados de paz; para o autor, Vestfália resulta de uma construção novecentista, um mito fundacional sobre a origem do sistema de estados; doutrina esta forjada por aquilo que denomina de ideologia da soberania<sup>51</sup>. Por fim, Benno Teschke (2002), além de negar a presença de qualquer elemento em Vestfália que se assemelhe ao moderno sistema de Estados, vai além e defende que os tratados ali firmados coadunam-se com uma lógica inter-dinástica pré-moderna, ou seja, foram firmados entre dinastias e outras comunidades políticas estruturadas a partir de relações de propriedade social pré-

---

selecionar e escolher os bispos, foi feita uma espécie de transação através da qual, ao Rei foi reconhecida a prerrogativa de investir os bispos com autoridade secular (simbolizada pela lança) nos territórios em que eles governavam, enquanto que a autoridade sagrada titularizada pelos bispos, lhes era investida através das autoridades eclesiais (simbolizada pelo anel e pelo báculo). Na prática, o resultado desta ambivalência é de que os bispos deviam fidelidade, tanto ao Papa, quanto ao rei. (MESQUITA, 2000)

<sup>51</sup> Esta narrativa parece vir ao encontro da análise de Martin Koskenniemi (2001, p. 51), para quem o direito internacional do século XIX era embebido de uma consciência europeia movida pelo “sentido metafórico de Vestfália”.

capitalista; nestes termos, a Paz de Vestfália se constituiria não somente sem-Vestfália, mas contra-Vestfália<sup>52</sup>.

Estas diferentes narrativas (não obstante seus embates teóricos e seus antagonismos) evidenciam, ao menos, a presença “de sinais da *via moderna*, que se deixam decifrar em seu traçado ainda num pontilhado muito tênue” (GOYARD-FABRE, 1999, p. 10). A filósofa francesa, ao fazer um inventário sobre os prenúncios de modernidade presentes em autores como Nicolau Maquiavel e Guilherme de Ockham, lembra que tais sinais “só devem ser apreendidos e interpretados com infinita prudência”. Nestes termos, oportuna é sua advertência sobre como pode ser compreendido a história das ideias políticas na modernidade:

Nesse duplo movimento, em que a *respublica christiana* iniciava seu declínio, enquanto a soberania dos reis tendia a se afirmar em suas nações, encontram-se as justaposições, a sedimentação, até mesmo a mescla de ideias tradicionais e de instituições inovadoras. Portanto, não se deve exagerar a “modernidade” dessas visões políticas em que subsistem os parâmetros do pensamento político medieval. [...] Embora seja exato que a emergência da política moderna coincide com o reconhecimento da soberania estatal, é preciso lembrar que ela só se deu ao longo de um encaminhamento difícil e se efetuou em nascimentos sucessivos. (GOYARD-FABRE, 1999, p.10-11)

A breve exposição feita permite, ao final, sustentar que seria apressado ver os referidos Tratados de Paz como tendo sido, eles próprios, tanto expressão da consolidação da soberania, quanto constituintes do sistema moderno de Estados. Como visto, nos termos definidos por Stephann Beaulac (2000, 2004) e Andreas Osiander (2001), sua consolidação só veio a ocorrer ao longo do século XIX. Entrementes, para os propósitos deste trabalho, muito mais importante do que localizar no tempo o nascimento deste modelo de organização do político, afigura-se importante identificar as bases institucionais a partir das quais foi possível a sua construção.

---

<sup>52</sup> Para o autor, somente é possível reconhecer a entrada na modernidade com o advento do primeiro Estado propriamente moderno (a Inglaterra), país que reestruturou as relações internacionais a partir de um longo processo de desenvolvimento socialmente desigual e geopoliticamente estruturado (TESCHKE, 2002).

### 1.1.4. Sistema (Lógica) de Vestfália e os traços constitutivos do sistema de Estados.

O sistema de Estados evocados pelo modelo vestfaliano pode ser, sinteticamente, resumido nos seguintes termos:

[...] sistema de estados organizados territorialmente em um desenvolvimento anárquico. Estes estados são constitucionalmente independentes (soberania) e detêm autoridade exclusiva de governo no interior de suas próprias fronteiras. Eles se relacionam com a população, no interior de suas fronteiras, como cidadãos e com os outros estados como juridicamente iguais.<sup>53</sup> (CAPORASO, 2000, p. 2).

Como se viu, Vestfália é associada ao nascimento de um modelo de organização política baseado nas noções de soberania estatal, em face da qual ao Estado é atribuída a condição de ator principal das relações internacionais, relações estas mantidas por intermédio de corpos diplomáticos permanentes e supostamente reguladas pelo direito internacional<sup>54</sup> (o qual, paulatinamente, converte-se de *direito das gentes*, para um *direito inter-gentes*).

A consolidação teórica e institucional dos elementos constitutivos deste paradigma de compreensão da ordem global (tanto na sua acepção política, quanto jurídica) deita raízes, como assinalado anteriormente, na tensão medieval entre o universalismo cristão e o localismo das diferentes formas de expressão política<sup>55</sup>. Esta concepção subjacente de matriz operacionalmente eurocêntrica (FALK, 2002) fixou as bases para o desenvolvimento moderno da ideia de ordem mundial e, sobretudo,

---

<sup>53</sup> “The basic idea is one of a system of territorially organized states operating in an anarchic environment. These states are constitutionally independent (sovereign) and have exclusive authority to rule within their own borders. They relate to the population within their borders as citizens (*Staatsangehoeringe*, those belonging to the State) and to other states as legal equals” (tradução livre).

<sup>54</sup> A síntese da força simbólica atribuída a Vestfália nestes termos é feita por Benno TESCHKE (2002, p. 6).

<sup>55</sup> A ideia reinante de “uma ordem política medieval” era dotada de uma substancial consistência veiculada através da ideia de *Respublica christiana*, a partir da qual se forjava uma concepção de “comunidade normativa entre cristãos” não obstante a existência de uma multiplicidade de formas de organizações políticas locais.

para a diferenciação a ser institucionalizada no período colonial entre o “nós” civilizados e o “eles” bárbaros<sup>56</sup>.

O modelo vestfaliano veicula uma ideia-força (BEAULAC, 2000, p. 177) que atua como um mecanismo *orgânico* (mito etiológico<sup>57</sup>) dotado de uma força social tremenda no seio da consciência compartilhada pela comunidade internacional<sup>58</sup>. Sua natureza mítica também é defendida por Andreas Osiander (2001), para quem o modelo normativo por si veiculado representa o modelo contra o qual os esforços teóricos de explicação das mudanças em curso deverão ser confrontados (por isso esse retorno frequente a Vestfália).

O reconhecimento de que Vestfália reveste-se de natureza mítica decorre da constatação da existência de um consenso fartamente compartilhado sobre as explicações racionais relativas à origem deste sistema de Estados. Desta forma, por mais que se desconstruam as evidências empíricas sobre as quais se assentam suas premissas (OSIANDER, 2001), mesmo que se demonstre que a Paz de Vestfália não se afigura compatível ao modelo de estados soberanos (KRASNER, 2004), ainda assim, a expressão não deixa perder sua função, já que se configura como um autêntico dogma, um sistema de crença sobre a origem das relações internacionais modernas. O conjunto de ideias por ela evocadas desempenha funções sociais que variam de acordo com o transcurso do tempo (BEAULAC, 2000, p. 177), modelando a forma

---

<sup>56</sup> A ideia de Vestfália é curiosamente recuperada pelos Estados no processo de descolonização, conceito importado da Europa e utilizado para reivindicar o status soberano frente à opressão das metrópoles (SPRUYT, 2000).

<sup>57</sup> De acordo com Stephan Beaulac (2004, p. 186), “Myths may be classified according to their topics, based on what they are about, although any such attempt is somewhat dubious as the categories are not mutually exclusive and the borders between them remain vague. Generally speaking, however, one can identify the following five types of myth: (i) aetiological myths, concerning the origin of things; (ii) eschatological myths, about the final end of things; (iii) soteriological myths, pertaining to momentous saving and salvation; (iv) ritual myths, combining rites with narratives; and, (v) heroic myths, relating to accounts of glorious deeds and accomplishments: see M S Day, *The Many Meanings of Myth* (1984) 21-27. Aetiology (spelt ‘etiology’ in American English) is interested in the beginning of things and the reason for things: see E Thomas Lawson, ‘The Explanation of Myth and Myth as Explanation’ (1978) 46 *J American Academy Rel* 507. Many authors have in fact restricted mythology to origin myths – also referred to as ‘myths of beginnings’ or ‘creation-myths’. The aetiological category would include: (a) theogonic myths, pertaining to the origin of gods; (b) cosmogonic myths, concerning the origin of the world; and, (c) anthropogonic myths, relating to the origin of human kind.”

<sup>58</sup> A linguagem não tem o condão somente de representar a realidade, mas ela pode desempenhar um papel ativo na criação e transformação da própria realidade, inclusive, modelando a consciência compartilhada (*shared consciousness*) da sociedade (BEAULAC, 2004, p. 181-182).

como são compreendidas as relações internacionais<sup>59</sup> (BEAULAC, 2004) e fornecendo as bases para a construção da visão de mundo que estrutura cognitivamente (*cognitive script*<sup>60</sup>) a compreensão das relações no cenário internacional (KRASNER, 2001, p. 17).

A força constitutiva destas categorias é tamanha que Marcílio Franca Filho (2007, p. 957) defende que toda a visão de mundo que estrutura os modos contemporâneos e modernos de compreender e aplicar o direito baseia-se no tripé: estatalidade-racionalidade-unidade. De acordo com este tripé, o direito é identificado como as regras impostas somente pelo Estado, as quais configuram as únicas válidas, em uso e efetivas no seu território e concebidas em consonância com os princípios da coerência, sistematização, harmonia e lógica. A categoria jurídico-política “Estado”, que emerge vinculada ao modelo de soberania estatal, é a base para o estudo e compreensão deste modelo de Direito que vem se formando desde a desintegração do mundo feudal<sup>61</sup>.

Neste mesmo sentido se encontra a lição de Celso Lafer (1982), bastante difundida entre nós, para quem a força simbólica da Paz de Vestfália “representou a consolidação de uma ordem mundial constituída exclusivamente pelos governos dos Estados soberanos. Estes teriam liberdade absoluta para governar um espaço nacional – territórios – podendo entrar em acordos voluntários – tratados – para regular as relações externas e intraconexões de variados tipos” (LAFER, 1982, p. 69-70). Este conjunto de ideias veicula uma lógica própria no âmbito das relações internacionais, denominada pelo autor de Lógica de

---

<sup>59</sup> “They resort to the expression ‘westphalian model’, in most cases, as a ‘convenient shortland’ to explain the fundamental juristic basis of the world organization (or disorganization) founded on the principle of the sovereignty equality of states, in which is rooted the whole scheme of international relations, as well as the rules of international law. Legally-empowered image of our international system as an association of sovereign states.” (BEAULAC, 2004, p. 212)

<sup>60</sup> Stephan Krasner (2001) defende que toda forma de organização política é constituída a partir de um conjunto de regras estruturantes que fornecem parâmetros para a compreensão e para a legitimação da atuação dos diferentes atores políticos envolvidos. Estas regras básicas (*cognitive script*), além de serem fartamente compreendidas, são sistematicamente violadas, constituindo aquilo que ele denomina de “hipocrisia organizada”, quando há uma desconexão entre as normas e as ações políticas. Esta característica (“hipocrisia organizada”), na visão do autor, está presente em todos os modelos de organização (para além do modelo de soberania estatal) e uma adequada compreensão deste modelos pressupõe a sua articulação com as formas institucionalizadas de desrespeito às suas regras constitutivas.

<sup>61</sup> Estado e Direito mantêm entre si uma relação de interferência recíproca de forma tal que o Direito (a partir do direito constitucional) é tido como algo que dá forma, constitui e conforma um determinado sistema de organização política. Este, por sua vez, reveste-se da característica principal de monopolizar o poder político-jurídico sobre uma determinada comunidade circunscrita a um determinado território. (FRANCA FILHO, 2007, p. 957).

Vestfália, segundo a qual: (i) os atores políticos são os Estados (soberanos e iguais por *fiat* jurídico, não em razão de uma ordem exterior); (ii) a lei teria como fundamento a vontade dos governos e a percepção recíproca dos interesses comuns; (iii) a harmonia entre os povos seria fruto de um equilíbrio mecânico do poder; (iv) a coexistência de uma multiplicidade de Estados soberanos, segurança baseada na capacidade de autodefesa e de alianças específicas com outros Estados.

Segundo Falk (2002), o termo Vestfália contém um inevitável grau de incoerência ao combinar a *lógica da igualdade* territorial-jurídica dos Estados, com a *lógica da desigualdade* geopolítica-hegemônica da correlação de forças nos cenários globais. O Sistema de Vestfália, supostamente inaugurado pelos tratados de 1648, foi sucessivamente projetando-se para todo o globo, reafirmando em cada novo estágio o estatalismo (lógica da igualdade) às correlações de forças hegemônicas do momento (lógica da desigualdade).

Esta concepção jurídica da sociedade internacional como sendo estatalista (centrada na figura do Estado) guiou e condicionou os processos de adesão e participação em todas as instituições internacionais mais representativas. Somente os Estados plenamente soberanos são tratados como dotados das qualificações necessárias para sua completa associação e participação nestas organizações (CUTLER, 2001<sup>62</sup>). Este modelo vestfaliano, sem maiores dificuldades, possibilita a acomodação de realidades de desigualdade radical entre os Estados, quer seja em relação ao tamanho, à riqueza, ao poder ou ao papel internacional (FALK, 2002).

Este sistema de estados que regia a política internacional, na definição de Mark Zacher (2000, p. 86-87), era regulado pelo “princípio legal de ordenação, a saber, a obrigação de respeito mútuo pela soberania” e caracterizado por uma “forma principal de conduta

---

<sup>62</sup> Na visão de Claire Cutler (2001), nisto reside os fatores da atual crise de legitimidade do modelo vestfaliano, ou seja, na sua incapacidade de descrever, adequadamente, uma série de fenômenos na prática internacional dos Estados. As noções de autoridade e de poder veiculadas por este modelo reconhecem somente os Estados e as instituições públicas como atores internacionais. A centralidade dos papéis desempenhados por estes atores é perceptível tanto no âmbito das organizações internacionais, quanto em relação ao reconhecimento como sujeito de direito. Na visão da autora, tais noções ignoram a participação de corporações transnacionais e de organizações sociais privadas (tais instituições operam como sujeitos invisíveis). Paradoxalmente, ao negar-lhe o status de sujeito de direito, tais noções concorrem para que se acelere a expansão do poder das corporações no mundo, através de movimentos de globalização, privatização e desregulamentação. A autora sustenta que a falta de adequação ou assimetria entre teoria e prática está se tornando mais aguçada, sinalizando a crise de legitimidade que subjaz latente ao modelo.

representada por um alto grau de autonomia do Estado nos assuntos internos e externos”. Um conjunto de condições fundamentais, a que o autor denomina de “pilares de Vestfália”<sup>63</sup>, davam sustentação ao princípio de respeito recíproco pela soberania dos Estados e afiguram-se, em certa medida, corroídos e erodidos ensejando a necessidade de sua suplantação.

Apesar de todo o esforço de desconstrução até aqui empreendido e mesmo após a compilação de evidências empíricas a partir das quais seria possível afirmar que os tratados de Paz assinados nas cidades de Münster e Osnabrück em 1648 não são compatíveis com o que se conhece por “sistema vestfaliano”, ainda assim, não se pode negar a força simbólica e o caráter mítico que se revestiu a expressão Vestfália.

Ademais, a dimensão mítica sobre a origem do sistema de Estados e sobre a condição soberana de que se lhe reveste, é amplificada no âmbito do constitucionalismo, sendo incorporada à gramática do direito constitucional de tal forma que se passa a afirmar não haver direito, sem Estado; nem Estado, sem constituição; nem constituição, sem poder soberano.

A cadeia de coimplicação e de justificação recíproca em torno da unificação da autoridade, de um lado, e o desenvolvimento de mecanismos institucionais de dominação em bases territoriais, de outro, juntos, fornecem as bases materiais e funcionais para o desenvolvimento do princípio da territorialidade. A unidade territorial do Estado-nação passa a ser, então, a referência a partir do qual o problema da justa ordenação social é estruturado; afigura-se como a unidade metodológica por meio da qual a cartografia do poder distribui a autoridade em termos de unidades territoriais limitadas (*bordered territorial unit*) (SCHOLTE, 2003, p. 89). Uma vez mais, reproduz-se a imagem de Nancy Fraser, segundo a qual a ideia central de Vestfália representa “um imaginário político que mapeou o mundo como um sistema de Estados territoriais soberanos mutuamente reconhecidos.”

---

<sup>63</sup> O autor os lista da seguinte forma: “o desejo dos governantes de evitar incursões na área dos seus próprios poderes; a inexistência de uma ideologia transnacional que competisse seriamente com os Estados pela lealdade política dos povos; uma memória histórica (e/ou a percepção da probabilidade) da existência de níveis sobrepostos de autoridade política e de lealdade conflitante, apontando para a desordem e a violência maciça; um conjunto comum de valores que engendram um elemento de respeito pelos outros Estados e por seus governantes; e a provisão aos cidadãos, pelos Estados, de valores importantes como a proteção da vida e o bem-estar econômico” (ZACHER, 2000, p. 88).

## 1.2. CONFIGURAÇÃO DAS BASES INSTITUCIONAIS DO ESTADO TERRITORIAL E AS TRANSFORMAÇÕES DO CONCEITO DE SOBERANIA

É comum atribuir como causas para o processo de consolidação do Estado moderno a centralização administrativa<sup>64</sup>, o protecionismo econômico, o aparecimento de exércitos permanentes e regulares e o cisma religioso. Este conjunto de elementos que marcam este período de transição, nos termos preconizados por Celso Lafer (1982, p. 69), “gerou, no seu processo de consolidação, a ideia de que o Estado teria a capacidade de concentrar em torno de si as aspirações morais dos homens num determinado território”. Por conseguinte, as bases filosóficas do Direito político moderno pretendem legitimar, justamente, o processo de *centralização do Poder* e a correlata questão acerca da *soberania estatal* (GOYARD-FABRE, 1999). Entretanto, discutir o processo de transição e/ou afirmação histórica do Estado-nação extrapolaria os limites aqui propostos.

O *objetivo* desta seção consiste em identificar de que forma a ideia de organização do poder e capacidade de decisão são teoricamente associadas ao conceito de soberania e, por conseguinte, compreender o papel desempenhado pela noção de territorialidade para a demarcação das fronteiras (físicas e jurídicas) do Estado.

A fim de trazer a lume alguns elementos que possam evidenciar de que forma tais narrativas são entrecortadas, neste item será feita, inicialmente, uma tentativa de identificação das bases institucionais do “estado territorial soberano” como princípio organizativo. Para tanto, foram identificadas quatro dimensões (autoridade, princípio organizativo, fundamento de legitimidade e critério para construção de identidades) que servirão de fio condutor para a compreensão das transformações experimentadas no processo de consolidação desse modelo de organização da comunidade política e que igualmente servirão de parâmetro para a análise das transformações relacionadas à

---

<sup>64</sup> O processo de centralização administrativa é descrito por Martin van Creveld (2004, p. 180-219) através da formação de uma burocracia profissional centrada na figura do Rei, através da criação de infraestrutura adequada tanto através da construção de palácios administrativos, do desenvolvimento tecnológico para a concentração de informações e de planejamento estratégico do Estado (cartografia, demografia e práticas de recenseamento, sistema de correios e de comunicação integrada) e da instituição de mecanismos para a arrecadação de tributos em caráter permanente, igualitário e fiscalizável.

superação deste modelo (em direção à formação dos espaços de regulação transnacional) (seção 1.2.1).

Em seguida, após reconhecer o papel estruturante desenvolvido pelo conceito de soberania na fase de formação do Estado moderno, serão brevemente assinaladas como a trajetória das ideias políticas (seção 1.2.2) e do discurso jurídico (seção 1.2.3) contribuíram para a dessacralização das relações de fundamentação do político e para o reforço da capacidade decisória no interior das comunidades políticas.

### **1.2.1. A noção de “estado territorial soberano” como estrutura organizacional básica do Estado moderno**

Nos termos assumidos por este trabalho, o edifício do Estado moderno erige-se sobre um verdadeiro acoplamento da autoridade pública à noção de território, entrelaçados como em espiral (em uma relação de coimplicação crescente). Esta relação se constitui na exata medida em que a legitimidade do exercício da autoridade pública se institucionaliza em bases territoriais, ou seja, o espaço territorial do Estado passa a ser a referência para a demarcação dos âmbitos de validade<sup>65</sup> do ordenamento jurídico estatal. O modelo operativo de Estado moderno traduz-se, portanto, na noção de *estado territorial soberano*. (GOYARD-FABRE, 1999, p. 55-110; CASELLA, 2009, p. 20-21; ESTEVES, 2006, p. 22).

O desenvolvimento do estado territorial como modelo resultou da consolidação do governo, ou seja, de um agrupamento dos distintos domínios semifeudais de governo em um único quadro institucional de autoridade pública (CAPORASO, 2000, p. 22). Esta “novidade” moderna é tão significativa que Daniel Philpot (2001) refere-se a ela como uma das mais significativas “revoluções” na evolução da ideia de soberania<sup>66</sup>. E, de forma ainda mais enfática, John Ruggie (1997, p. 151)

---

<sup>65</sup> De acordo com Hans Kelsen (1998), os âmbitos de validade são as projeções materiais das condições de significação normativas sobre o ser. Existem quatro âmbitos de validade em Kelsen: material, formal, pessoal e temporal-espacial. A questão é sintetizada por Leonel Severo Rocha (1984, p. 64) nos seguintes termos: “o Estado é uma pessoa jurídica coletiva, onde o âmbito de validade material é a norma fundamental; o âmbito de validade formal é o ordenamento jurídico; o âmbito de validade pessoal é a população; e, o âmbito de validade temporal-espacial é o território. Identifica-se assim indissolúvelmente Estado, Direito e Sociedade na teoria kelseniana.”

<sup>66</sup> O autor constrói a sua tese sobre as revoluções internacionais como forma de compreender as transformações da soberania e das relações internacionais.

defende que a característica marcante do moderno sistema de governo territorial consiste justamente na consolidação de toda autoridade (antes fragmentada/compartimentada e personalizada) em torno de um domínio público, domínio este construído no interior de autênticos enclaves territoriais (bem delineados, fixos e mutuamente excludentes)<sup>67</sup>. Resta, pois, discutir brevemente como se deu esse processo de transformação e desenvolvimento de suas bases institucionais.

O processo de consolidação do “modelo de estado territorial” operou, na definição de James Caporaso (2000), uma autêntica “virada vestfaliana”. Esta guinada organizacional importou na redefinição das estruturas de poder do medievo tendo por referência a unidade territorial do Estado-nação. Como dito anteriormente, este processo de transformação (do medievo para o estado territorial soberano) será sistematizado tendo por referência quatro dimensões distintas<sup>68</sup> (em que pese serem intimamente inter-relacionadas), dimensões estas decompostas da noção de soberania.

Apesar do reconhecimento de múltiplos elementos constitutivos, a tradição consolidada no âmbito da filosofia e ciência políticas, frequentemente, refere-se à soberania como um conceito monolítico, como um atributo dos Estados que deva ser aferido em critérios absolutos: ou o Estado detém a soberania, ou não é um Estado. Todavia, esta concepção não tem sido suficiente para conferir sentido à existência concreta de instâncias decisórias para além do Estado-nação. Por conseguinte, frequentes têm sido os esforços teóricos no sentido de compreender este atributo do Estado em termos relativos, ou seja, em decompor a noção de soberania em múltiplos elementos, o que permitiria falar em concepções parciais de soberania (KRASNER, 2004), em graus diferentes de exercício de poderes soberanos (MacCORMICK, 1999), ou ainda, na possibilidade de uma negociação da soberania (*sovereignty bargains*) empreendida como estratégia por parte dos Estados para manter alguns dos seus atributos soberanos (LITFIN, 1997).

É igualmente imbuído deste propósito que se recorre, neste trabalho, à lição de James Caporaso (2000). Este esforço de

---

<sup>67</sup> Para o autor, esta dimensão da territorialidade representa uma realidade única na história da humanidade, que, no plano internacional, consolida-se tendo por base a concepção de soberania recíproca entre as unidades políticas estatais (reconhecimento este mutuamente excludente) (RUGGIE, 1997, p. 162)

<sup>68</sup> A análise das transformações experimentadas tanto em relação ao modelo de organização do político, quanto em relação à estruturação da teoria constitucional será feita, ao longo deste trabalho, com base nestas quatro dimensões.

decomposição permite a identificação de quatro de seus elementos constitutivos e de alguns padrões de interconexão entre eles, aqui denominados de dimensões da soberania.

Tabela 1: Dimensões da organização política e os problemas relacionados

<b>Dimensões</b>	<b>Questões relacionadas</b>	<b>Problema</b>
Autoridade (poder de decisão)	Capacidade de decidir e de fixar regras sobre conflitos	<i>Quem decide em última instância?</i>
Princípio organizativo	Forma de organização do político (critério de demarcação de jurisdição)	<i>Qual é a melhor forma de organização?</i>
Fundamento de legitimidade	O “direito de governar” e o “reconhecimento do direito” de governar	<i>Qual é o fundamento do exercício de um governo legítimo?</i>
Construção de identidades <sup>69</sup>	Os fatores de integração e de construção dos vínculos comunais.	<i>Qual é o fator que contribui para a integração comunitária?</i>

Fonte: Autoria Própria

De acordo com o autor, a *primeira dimensão* diz respeito à ideia de *autoridade* (enquanto poder de decisão). A questão da autoridade associa-se diretamente com o problema da decisão, ou seja, com a discussão sobre a capacidade do soberano de emitir decisões e de emitir regras sobre os conflitos eventualmente ocorridos entre decisões legítimas. Em princípio, a coexistência de diferentes estruturas de autoridade em um mesmo espaço de atuação, sem que entrem em rota de colisão, não suscita nenhum problema à soberania, do contrário, a existência de estruturas de autoridade não pressupõe a existência de soberania. A soberania entra em cena quando se coloca em questão o problema da autoridade suprema; portanto, quando se estabelece algum critério de hierarquização de autoridades, quando são veiculadas metanormas para solução dos conflitos, devidamente revestidas do atributo soberano.

A *segunda dimensão* refere-se ao *princípio organizativo* do espaço político, em especial, em relação aos princípios subjacentes à forma com que o espaço político é organizado e a forma como atuam e são articuladas as autoridades e atores políticos. O princípio

<sup>69</sup> Esta dimensão não foi expressamente enfrentada por James Caporaso.

organizativo fixa o critério básico estruturador do enfeixamento de autoridades, tanto no sentido de fixação de competências, quanto no sentido de delimitação dos âmbitos de validade da atuação da autoridade pública. No estado territorial soberano, a organização política é territorial quando o alcance normativo da autoridade pública circunscreve-se ao interior de determinadas fronteiras, como as definições do Estado nacional ou da jurisdição federal no interior de determinados estados federativos.

A *terceira dimensão* diz respeito ao *fundamento de legitimidade*. Esta dimensão enfrenta o problema da legitimidade do exercício do poder, ou seja, sobre aquele que detém o “direito de governar” e o correlato “reconhecimento desta prerrogativa”. O enfrentamento deste problema é uma das questões fulcrais à filosofia política, desde a Antiguidade. No momento de afirmação<sup>70</sup> do modelo de “estado territorial soberano”, a questão em torno da legitimidade dessubstancializa-se conferindo-se especial acento ao procedimento e à existência de mecanismos institucionais de controle do desvio do exercício do poder.

Por fim, a *quarta dimensão* está associada à *construção de identidades*. Ora, a identificação de qualquer grupamento pressupõe a fixação de vínculos de identidade entre seus membros que os distinguem daqueles que lhe são estranhos (do seu outro). No estado territorial soberano, é o atributo da cidadania que irá diferenciar o nacional do estrangeiro e que irá vincular aquele ao estado nacional, reconhecendo-lhe direitos e imputando-lhe responsabilidades. A relação de pertencimento do indivíduo ao estado nacional tradicionalmente serve como o ponto de partida para a compreensão de cidadania. Ademais, foi justamente com base neste elo formal entre Estado e cidadão que foi possível forjar a concepção moderna de Nação como “comunidade política de destino”. Trata-se de uma construção artificial que, fixada com base na demarcação de um elemento contingente (a fronteira), pretende uma espécie de homogeneização interna mediante o cultivo do passado (mitos sobre as origens do povo) e a promoção de elementos compartilhados (língua, etnia e religião).

Como dito anteriormente, o processo de consolidação do estado territorial soberano operou-se através de uma virada vestfaliana. Esta guinada materializa-se pela afirmação do princípio de territorialidade,

---

<sup>70</sup> Como se terá oportunidade de discutir adiante (seção 2.2.3), quando o modelo de “estado territorial soberano” passar a incorporar o discurso constitucional, a dimensão de legitimidade passa a ser ressustancializada a partir da gramática dos direitos fundamentais que assumem o mister de conferir parâmetros materiais de aferição de legitimidade.

com a fixação do elemento territorial como unidade básica para as estruturas de autoridade.

Nestes termos, afirma James Caporaso (2000, p. 10), que “quando o princípio territorial emerge, ele imediatamente traz à tona a questão da ordenação do espaço, independentemente das questões de fundo veiculadas”<sup>71</sup>. O estado territorial é, por óbvio, um estado com fronteiras físicas e com um senso bem desenvolvido das relações dentro/fora e nós/eles<sup>72</sup>.

Tomando por base as quatro dimensões antes destacadas, este processo pode ser sumarizado através do seguinte quadro:

Tabela 2: Dimensões da virada vestfaliana (*westphalian turn*)

<b>Dimensões</b>	<b>Organização Política do Medieval</b>	<b>Estado Territorial Soberano</b>
Autoridade(poder de decisão)	Dispersa em âmbitos distintos sobrepostos	Consolidada (centralizada hierarquicamente)
Princípio organizativo	Forma de organização a-espacial	Forma de organização espacial (territorial)
Fundamento de legitimidade	Personalização e Sacralização	Racionalização (institucionalização)
Construção de identidades	Organização local + vínculos de pertencimento à Cristandade	Identidade nacional (cidadania)

Fonte: (CAPORASO, 2000, adaptada)

Em relação à dimensão da autoridade, a insurgência de um governo único sobre um determinado território subverte a lógica de estruturas de múltiplas autoridades que reivindicam o exercício de sua autoridade a partir de diferentes fundamentos (costume, relações de confiança, natureza espiritual). A estrutura de regulação do medieval era muito complexa e caracterizava-se por um “emaranhado de ordens sobrepostas”, de forma que, em um mesmo espaço geográfico, coexistiam “diferentes instâncias jurídicas entremeadas e estratificadas, e abundavam situações de múltiplas sujeições, relações assimétricas de

<sup>71</sup> Tradução livre de: “When the territorial principle emerges, it immediately raises the issue of rule over space, regardless of substantive domain.”

<sup>72</sup> David Blaney e Naem Inayatullah (2000) retratam a dificuldade (impossibilidade) que as relações internacionais, consolidadas com base no Sistema de Estados de matiz vestfaliana, têm em lidar com o “outro”, tendo em vista o caráter demarcatório que a diferenciação nós-eles opera a partir da metáfora recorrente das fronteiras e da ideia excludente de cidadania.

suserania e autênticos enclaves anômalos.”<sup>73</sup> (BEAULAC, 2004, p. 189). A pluralidade de autoridades cede lugar à fixação de uma cadeia hierárquica de organização, em meio à qual emerge o soberano como o legítimo garante da ordem instituída.

Em relação à segunda *dimensão*, coexistia uma profusão de ordens que se estruturavam a partir de critérios outros que não a fixação em determinada base territorial, quer seja de caráter pessoal (relações de suserania e vassalagem), de natureza espiritual (domínio religioso sobre inúmeras dimensões da vida privada dos fiéis), ou mesmo, de natureza mercantil (*lex mercatoria*). Por sua vez, a partir de um progressivo processo de organização administrativa acoplado à estrutura de dominação territorial dos bispados<sup>74</sup> e por intermédio da sedimentação de um corpo intermédio régio de administração da justiça, foram sendo consolidadas ilhas dispersas de autoridade em uma mesma cadeia hierárquica de organização. Afirma-se, desta forma, o traço distintivo fundamental característico do modelo de estado territorial soberano, qual seja: o reconhecimento de “um” governo sobre determinado espaço, aplicável a todos os sujeitos e a todas as relações econômicas e sociais confinados em seu interior.

Por seu turno, no plano da *legitimidade*, a diferença é substancial. Ocorre um processo de progressiva dessacralização do domínio político, que não resultou em um processo de desteologização do direito público como adverte Schmitt (2006). O desenvolvimento de uma racionalidade burocrática no âmbito da administração estatal, agora profissionalizada, representa uma guinada significativa no processo de racionalização dos discursos sobre o poder e de fornecimento de parâmetros para sua aceitabilidade por parte dos governados.

Por fim, em relação à *construção de identidades*, há uma mudança abrupta no processo de constituição de coletividades. No medievo, os vínculos comunitários eram marcados, de um lado, por uma relação de pertencimento a povoados e comunidades locais baseada em

---

<sup>73</sup> Tradução livre de: “The medieval ruling structure ‘was an inextricably superimposed and tangled one, in which different juridical instances were geographically interwoven and stratified, and plural allegiances, asymmetrical suzerainties and anomalous enclaves abounded””.

<sup>74</sup> Se por um lado, a Querela das Investiduras no início do século XII (finalizada com as concordatas de Worms e de Londres) termina com a afirmação do primado do Papado no tocante à nomeação das prelazias episcopais, por outro lado, acaba por conferir legitimidade a existência de um direito dominial régio sobre o território de cada bispado. Por sua vez, a organização eclesíástica em bases territoriais e a atuação dos bispos em inúmeras questões como delegatários reais forneceram, de acordo com a análise de Mesquita (2000), as bases institucionais para a afirmação da territorialidade, própria do modelo vestfaliano.

laços de solidariedade e de proximidade geográfica; de outro, pela existência de vínculos universais que, para além das particularidades locais, permitia o reconhecimento de uma relação de pertencimento a uma comunidade cristã universal (cristandade), cuja unidade era alicerçada e mantida pela Instituição do Papado. Como antes salientado, o processo de transição paradigmática decorre justamente do processo de construção de identidades nacionais, o qual, pretendendo afastar a existência de qualquer autoridade que se impusesse de fora do corpo político nacional, passa a constituir-se pela construção de vínculos formais entre os indivíduos (cidadãos) e o Estado, então insurgente.

Assim, a edificação de fronteiras (físicas e simbólicas), no processo de afirmação do estado territorial soberano, possibilitou a demarcação da comunidade política de “fora para dentro”, ao afirmar a autoridade última do Estado dentro dos seus domínios territoriais<sup>75</sup> (RUDOLPH, 2005, p. 4). Sintomática, neste sentido, é a determinação da construção da primeira fronteira física, mediante o uso de pedras, entre a Suécia e Brandemburgo, por força do Tratado de Osnabrück<sup>76</sup> (VAN CREVELD, 2004, p. 202). A demarcação do território, como se vê, é anterior à própria ideia de nacionalidade e evidencia que o confinamento em determinado espaço geográfico representou uma condição anterior aos demais laços de vinculação comunitária modernos (língua, religião, história compartilhada, fatores simbólicos de agregação, entre tantos). Portanto, foram as mudanças ocorridas nestas diferentes dimensões que permitiram a formação do modelo de organização aqui designado como “estado territorial soberano”.

Este modelo organizativo difundiu-se largamente não só na Europa, mas também em escala global (SPRUYT, 2000). Paolo Cuttitta (2006, p. 27) chama a atenção para o fato de que, enquanto a ideia de identidade entre nação e estado (ínsita aos desenvolvimentos do estado territorial) acabou sendo em certa medida flexibilizada com a criação de estados multinacionais, o princípio da territorialidade, por sua vez,

---

<sup>75</sup> O autor explicita melhor esta afirmativa, nos seguintes termos: “With the emergence of the territorial state, it is important to recognize that common definitions of sovereignty in its Westphalian sense do not refer to a social-political community as such, but rather to the territory within which sovereignty authority is granted regarding political leadership” (RUDOLPH, 2005, p. 4).

<sup>76</sup> A primeira fronteira que se marcou no solo por meio de pedras foi a definida entre a Suécia e Brandemburgo no fim da Guerra dos Trinta Anos. Na conferência de Nijmegen em 1678-79, foram usados rios para delimitar as fronteiras entre dois Estados, nesse caso a França e o sul da Holanda. Em 1718, um tratado entre o imperador Carlos VI e a Holanda criou mais um precedente: o texto escrito vinha acompanhado de um mapa com linhas que o cortavam e marcavam as novas fronteiras. (VAN CREVELD, 2004, p. 202-203).

permaneceu intocável, já que a titularidade sobre determinado território ainda figura como condição necessária para o reconhecimento de qualquer Estado. Isto é, o Estado exerce sua jurisdição exclusiva sobre determinado território, o qual é definido geograficamente por “fronteiras rígidas e lineares”<sup>77</sup>.

Como se terá oportunidade de discutir adiante, “quase todas as questões difíceis do nosso tempo, por sua vez, convergem em torno da questão das fronteiras: os limites, distinções, discriminações, inclusões, exclusões, começos, fins, limitações e exceções, e sobre sua autorização pelos sujeitos os quais se apresentam sempre suscetíveis a serem incluídos ou excluídos pelas fronteiras as quais eles estiverem persuadidos a autorizarem”<sup>78</sup> (WALKER, R, 2006, p. 57).

Nesse sentido, como se verá nos capítulos terceiro e quarto, a questão principal enfrentada por este trabalho não reside no desafio de conceber um “mundo sem fronteiras”, o problema aqui enfrentado consiste justamente em refletir sobre a possibilidade de atualização do instrumental teórico (no âmbito da teoria constitucional) a fim de que dê conta de um “mundo para além das fronteiras”. Antes, porém, incumbe compreender de que forma o conceito de soberania fornece as bases para o entrincheiramento das relações constitutivas da comunidade política no seio do espaço territorial nacional.

### **1.2.2. Diferentes estágios no desenvolvimento do conceito de soberania: historiografia das ideias políticas**

No período de afirmação do Estado moderno, o conceito de soberania ocupou um papel estruturante de vital importância, pois veiculava um conjunto de ideias que operavam como vetores do agir político e imprimiam ao Estado a marca da modernidade jurídico-política (GOYARD-FABRE, 1999, p. 53). Nestes termos, o discurso

---

<sup>77</sup> Em face deste espraiamento do modelo de estado-nacional ao longo do século XX (condição para a atribuição de subjetividade internacional às comunidades políticas individualizadas), a territorialidade e o controle de fronteiras passam a constituir um dos parâmetros básicos de organização dos Estados (GIDDENS, 2001).

<sup>78</sup> Almost all the hard questions of our time therefore converge on the status of borders: of boundaries, distinctions, discriminations, inclusions, exclusions, beginnings, endings, limitations and exceptions, and on their authorization by subjects who are always susceptible to inclusion or exclusion by the borders they are persuaded to authorize.” (WALKER, R, 2006, p. 57).

[...] da época é mobilizado para a construção da soberania, compreendida a partir de suas prerrogativas e limites. Mais que isso, a soberania é o princípio organizador da vida política no interior dos Estados territoriais e o veículo de relacionamento entre eles, uma vez que cria as condições para a invenção da política externa. (ESTEVEZ, 2006, p. 24).

Enquanto discurso, as narrativas sobre a soberania foram sendo concreta e historicamente construídas<sup>79</sup>. A análise destes discursos permitiria, portanto, importantes desvelamentos em torno de seus destinatários e dos contendores (WERNER; WILDE, 2001, p. 288). No entanto, em que pese sua relevância, empreitada desta natureza excede em muito os limites deste trabalho. Pretende-se aqui, tão-somente, evidenciar sua historicidade e defender a necessidade de que os atributos e os elementos configuradores do conceito de soberania possam ser decompostos e analisados em suas íntimas e múltiplas relações. Portanto, a questão central não reside em identificar os traços constitutivos do rótulo “soberano”, mas o esforço em defender a possibilidade de que o conceito seja articulado de forma a adaptar, em seu interior, as tensões decorrentes do atual (e hipercomplexo) quadro das relações que se estabelecem entre os Estados e inúmeros outros atores, no cenário internacional.

A compreensão da soberania como narrativa implica reconhecer que o seu conceito não se constrói segundo uma linha evolutiva. Pelo contrário, as concepções a ela imbricadas pretendem descrever inúmeras realidades fenomenológicas e prestam-se a uma multiplicidade de funções cognoscitivas. Nestes termos, a reconstrução feita neste trabalho pretende lançar luzes à forma com que se constitui o vínculo entre autoridade e território, e, por sua vez, a forma como esta ligação representa um desdobramento da ideia-força de *superitas* veiculada por Jean Bodin através da fórmula *summa potestas superiorem non recognoscens*.

Imbuído deste propósito, os fragmentos em torno da ideia de soberania serão articulados a partir do entrecruzamento de diferentes leituras sobre a história das ideias políticas e da evolução dos desdobramentos jurídicos do conceito de soberania.

---

<sup>79</sup> Para um percuciente desvelamento do processo ideológico de construção do(s) conceito(s) de soberania cf. ROCHA, 1982, p. 53-94.

Sob o ponto de vista da *historiografia das ideias políticas*, o desenvolvimento do conceito de soberania, na lição de Simone Goyard-Fabre (1999, p. 115), condensa “em si a ‘essência’ do Estado [o Poder], ela expressa e põe em ação, no direito político moderno, os princípios de independência e de onicompetência do Estado”. Para os fins desta pesquisa, importa ressaltar dois aspectos desta trajetória: a questão em torno do entrelaçamento entre território e autoridade (fundamento de legitimidade) e a correlata questão sobre a tensão entre violência e poder veiculada através da ideia-força de *superitas*, de onde decorre diretamente a concepção de soberania (autoridade/decisão).

Em relação ao primeiro aspecto, a trajetória dos sentidos atribuídos, no âmbito da filosofia política, o conceito de soberania revela um primeiro esforço de legitimação do processo de centralização (GOYARD-FABRE, 1999, p. 53-110) e de demarcação da independência da figura do Estado (tanto externa, quanto internamente) (GOYARD-FABRE, 1999, p. 115-164) e revela a busca em identificar quem (ou o que) é o soberano deste Estado que se personifica e assume para si o exercício do monopólio legítimo da força. Na lição de Campilongo (2002, p. vii), “[i]dentificar o soberano foi sinônimo, até recentemente, de desvelamento de um vértice. Quem está no topo? O soberano! Seja ele um poder ou uma norma”.

Desta forma, umbilicalmente ligada ao debate moderno sobre o exercício do Poder, a questão relativa ao enfeixamento de autoridades em determinado espaço territorial subjaz latente aos debates em torno do titular da soberania<sup>80</sup>, da legitimidade e origem do exercício deste poder<sup>81</sup> e de seus respectivos limites<sup>82</sup> (ou ausência deles).

---

<sup>80</sup> A questão referente ao titular da soberania é uma das questões centrais no âmbito da filosofia política moderna. Simone Goyard-Fabre destaca que, inicialmente, o poder soberano concentrou-se em torno do rei. Para a autora: “Os sucessores de Bodin que, como Charles Loyseau, Cardin Le Bret e Richelieu, sublinham o caráter ‘uno e indivisível’ da soberania, atribuem sua potência ‘absoluta e perpétua’ à pessoa, ainda sagrada, do rei” (2002, p. 171). A titularidade régia, prossegue a autora, ainda se via presente “no pensamento jurídico de Grotius, no construtivismo racionalista da filosofia de Hobbes, ou no providencialismo neo-agostiano de Bossuet” (idem). Já no século XVIII ganha destaque e assume o centro do debate político a ideia de soberania popular que, iniciada com Rousseau a partir da teoria do contrato social, ganha contornos representativos com Qu’est-ce que le tiers état?, de Emmanuel Sieyès (GOYARD-FABRE, 1999, p. 179-186).

<sup>81</sup> Paralelamente ao debate acerca da titularidade da soberania, a filosofia política acompanhou o desenrolar do debate acerca das fontes de legitimidade do poder soberano. Como visto na nota anterior, em apertada síntese, a titularidade da soberania, até deslocar-se em direção ao povo, esteve no rei. Contudo, as teorias que atribuíam a titularidade do poder soberano ao rei e ao povo partiam de diferentes pressupostos de legitimidade. A titularidade residente no soberano, ora apoiou-se em uma fonte divina de legitimidade (Suárez), ora repousou em bases racionalistas (Hobbes). Já a titularidade imputada ao povo, igualmente assentou-se em

Por seu turno, em relação ao segundo aspecto, a figura do soberano e o problema da violência (transição da desordem à ordem) entremeiam-se<sup>83</sup>. Esta questão é tão marcante que, tanto em Thomas Hobbes (2003) quanto em Carl Schmitt (1992), “a” soberania personifica-se na figura “do” soberano e reveste-se de especial função de pacificação interna que se materializa através da capacidade de emitir uma “decisão inapelável”, como será sumarizado.

A questão em torno da superação da violência é enfrentada, em Hobbes (2003), no plano *abstrato* das ideias; para ele, o estado natural de beligerância (*bellum omnium contra omnes*) é superado pela decisão de renúncia dos poderes naturais por parte dos indivíduos em favor da instituição da República<sup>84</sup>, desta forma, a este soberano artificialmente criado se lhe atribui o monopólio sobre o exercício da violência e sobre a promulgação do direito (*auctoritas, non veritas, facit legem*). Emblemática, neste sentido, é a figura do Leviatã, o qual, empunhando em cada mão a espada (poder temporal) e o báculo (poder eclesial),

---

diferentes fontes, essas mais próximas: a legitimidade soberana em Rousseau reside sem maiores engenharias, na vontade geral fruto do contrato, ao passo que em Sieyès surge o elemento representativo. (GOYARD-FABRE, 1999, p. 170-186)

<sup>82</sup> Com a soberania, ao fim do século XVIII, ultrapassando “sua etapa crítica” (GOYARD-FABRE, 1999, p. 185), adveio o debate acerca dos limites do poder soberano, pois “rapidamente percebeu-se que, no plano político, a soberania do povo, movida pelos ímpetos de sua potência ilimitada que coincidia com a vontade geral, corria o risco de ser tão perigosa para a ordem e a liberdade públicas quanto a soberania absoluta e ilimitada do monarca” (GOYARD-FABRE, 1999, p. 187). Segundo Goyard-Fabre (1999, p. 187-192), após as observações iniciais de Locke e Montesquieu, também Benjamin Constant, Édouard Laboulaye, Tocqueville e G. de Humboldt desenvolveram suas ideias acerca dos perigos, tão importantes quanto os do Antigo Regime, de uma soberania popular ilimitada. Igualmente Ferrajoli (2002) identificará um acentuado processo de limitação da soberania (no plano interno), capaz até mesmo, segundo o autor, de esvaziar o próprio princípio. Porém, paradoxalmente, Ferrajoli identificará um processo de absolutização da soberania no plano externo, levando ao auge, no século XX, a “comunidade selvagem dos Estados soberanos” (1999, p. 27). Sobre os processos de limitação e da absolutização da soberania na obra de Ferrajoli vide, respectivamente, as notas 110 e 111.

<sup>83</sup> As graves perturbações internas que marcaram as guerras de religião na França e a guerra civil britânica, com repercussões diretas na vida de Jean Bodin e Thomas Hobbes, comumente são apresentadas como sendo importantes fatores que contribuíram para que a doutrina da soberania fosse construída, inicialmente, em termos quase-absolutos (FERRAJOLI, 2002, p. 18-19; GOYARD-FABRE, 1999, p. 115-158; WERNER; WILDE, 2001).

<sup>84</sup> “Com efeito, o Leviatã até usa, para designar o Estado, o termo que Cromwell empregou para o seu regime, ‘Commonwealth’ – literalmente ‘bem comum’, ou ‘coisa pública’, isto é, República. Esse termo na época possuía dois sentidos principais, um ampliado – toda e qualquer forma de governo, mesmo monárquica, enquanto visasse ao bem comum –, outro mais restrito – aquela forma de governo na qual os dirigentes são eleitos.” (RIBEIRO, 2001).

afirma-se como aquele a quem “nenhuma autoridade sobre a terra lhe é comparável”<sup>85</sup>.

Por sua vez, para Carl Schmitt, o conflito inerente ao momento instituinte da ordem é inarredável de sua dimensão política. Tanto é assim que é sobre esta dimensão conflitual (construída sobre a diferenciação entre amigo-inimigo<sup>86</sup>) que repousa sua definição do soberano como “aquele que decide sobre o estado de exceção” (SCHMITT, 1992, p. 43). Para o autor, o elemento volitivo ínsito à ideia de soberania é levado às últimas consequências. Nele, a questão da violência do (e no) Estado é desnudada e, mais ainda, é concebida como sendo o traço constitutivo do conceito de político. Nestes termos, soberano é aquele a quem se reconhece o poder *concreto* de decisão acerca da suspensão do direito frente à possibilidade real de aniquilamento da comunidade política através da guerra civil<sup>87</sup>.

Como se constata, não é a toa que os momentos constitutivos da doutrina da soberania foram forjados em momentos de acirrada crise social. Das “promessas de ordem” ao poder de “decisão sobre a exceção” emerge a força instituinte (sempre violenta) que constitui o direito, lançando as bases para a (restauração da) paz social. Desta forma, a crise e a desordem são constitutivas dos diferentes *discursos sobre a soberania* na modernidade (WERNER; WILDE, 2001), de forma que, em tempos de “disputa sobre a autoridade (*competing claims to authority*)”<sup>88</sup>, como em tempos de conflitos civis, um forte apelo à

---

<sup>85</sup> O frontispício da obra de Thomas Hobbes traz a célebre imagem do Leviatã que se apresenta sob esta frase extraída do Livro de Jó (“Non est potesta super terram quae comparetur ei”).

<sup>86</sup> Esta já tornada clássica formulação pressupõe a distinção entre amigo e inimigo que constitui a categoria central na definição do conceito de político do autor (SCHMITT, 1992). Para o autor, esta diferenciação fornece um critério para o político, ou seja, teria “o sentido de designar o grau de intensidade extrema de uma ligação ou separação, de uma associação ou dissociação”. A distinção não é fundada em fatores morais, “o inimigo político é justamente o outro, o estrangeiro”, bastando “ser existencialmente algo outro e estrangeiro” (SCHMITT, 1992, p. 52).

<sup>87</sup> Esclarece o autor: “Quando no interior do Estado os antagonismos político-partidários transformam-se completamente ‘nos’ antagonismos políticos, alcança-se o grau extremo na escala da ‘política interna’, ou seja, agrupamentos amigo-inimigo intra-estratais, não de política externa, são os decisivos para o confronto armado. A possibilidade real de luta que sempre deve estar presente para que se possa falar de política refere-se, por conseguinte, em tal ‘primado da política interna’ não mais à guerra entre os povos organizados em unidades políticas (Estados e Impérios), mas à guerra civil.” (SCHMITT, 1992, p. 58)

<sup>88</sup> Para tanto, a fim de ilustrar esta assertiva, os autores mencionam as circunstâncias de grave perturbação da ordem interna decorrente das guerras de religião em que Jean Bodin e Thomas Hobbes formularam concepções de poder soberano (*plenitudo potestas*), sem qualquer limite ao direito positivo; ou ainda, a circunstância de desintegração política experimentada durante a conturbada República de Weimar, em que Carl Schmitt formula sua teoria da soberania

soberania ocorre com intensidade ainda maior.”<sup>89</sup> (WERNER; WILDE, 2001, p. 286).

Esta brevíssima narrativa pretendeu por em relevo que o enfeixamento dos discursos sobre a soberania possibilitou a afirmação e a consolidação do estado territorial soberano e, por outro lado, seu escrutínio desvela a natureza paradoxal que lhe é constitutiva, revelando a existência de aporias que marcam a trajetória moderna dos discursos sobre o poder (violência/ordem), seus limites geográficos (dentro/fora) e sobre seus destinatários (nós/eles). Este quadro, como se terá oportunidade de discutir nos capítulos terceiro e quarto, somente reforça que os conceitos de Estado e de soberania, enquanto narrativas, estão longe de serem suplantados e, mais, podem ser reformulados de forma a fornecerem parâmetros úteis à compreensão de um conjunto multifacetado de relações de autoridades que atuam transversalmente às fronteiras estatais como vetores em diferentes direções.

### **1.2.3. Consolidação do conceito jurídico de soberania: múltiplas facetas da soberania**

Sob o ponto de vista da *consolidação do conceito jurídico de soberania*<sup>90</sup>, o que se constata é que o mesmo é frequentemente erigido tendo por base uma visão monolítica (como um conjunto de atributos imodificáveis)<sup>91</sup>, que se desdobra em uma dupla dimensão (soberania interna ou doméstica e soberania internacional).

---

absoluta, segundo a qual, a essência da soberania consiste no poder de decidir sobre o estado de exceção (WERNER; WILDE, 2001, p. 286-287).

<sup>89</sup> “[...] – sovereignty does not become less and less important in times when the power of the state (or any other claimant of sovereignty) is questioned or diminishing. On the contrary, especially in times of competing

<sup>90</sup> André Lupi (2001, p. 272-274), ancorado em Georg Jellinek, chama a atenção para existência de uma pluralidade de significados atribuíveis à soberania (propriedade do Estado, lugar jurídico do órgão do Estado e próprio poder do Estado). Esta dificuldade de tratamento decorreria, igualmente, de uma “alteração conceitual” decorrente das alterações históricas que teriam modificado a “substância da soberania em cada época e lugar”. Nestes termos, “a alteração do titular produzirá diferentes formações discursivas sobre a soberania, levando a alterações no seu tratamento”.

<sup>91</sup> Esta preocupação em identificar os traços constitutivos de um arquétipo-ideal acerca da soberania é expressamente assumida por Ari Solon (1997, p. 12), para quem: “[...] é certo que não há história na teoria do direito, mas se o conceito de soberania tiver apenas um fundo histórico, que puder ser preenchido numa extensão temporal, ele não será uma noção teórica necessária para a compreensão da experiência jurídica. Na sua essência, ele terá que ser a-histórico”.

Em relação aos seus atributos constitutivos, desde a formulação de Jean Bodin (*Les six livres de la republic*, de 1576), segundo a qual a soberania seria “em primeiro lugar, potência de comando” (GOYARD-FABRE, 1999, p. 130), é que a questão em torno da ilimitação (caráter absoluto) e da permanência (caráter perpétuo) são associadas ao soberano. E é justamente por conta destes atributos conferidos à soberania que, em Bodin, o soberano vê-se livre (não-vinculado) tanto dos seus subordinados, quanto das leis e ordenações por ele emitidos (*solutus legibus*). A soberania, nestes termos, pode ser sintetizada pela ideia de “independência da autoridade de comando”, tão bem simbolicamente representada, pelo juriconsulto francês, na alegoria da Nave-República<sup>92</sup> (GOYARD-FABRE, 1999, p. 134).

Tais atributos foram (re)elaborados ao longo dos tempo, a fim de adaptar a concepção estruturante de soberania às contingências político-jurídicas do processo de expansão e consolidação do Sistema de Estados (em especial, ao longo dos séculos XVII e XVIII). A estes qualificativos foram sendo acrescentados outros que podem ser sistematizados a partir de sua natureza em: temporal (caráter perpétuo e imprescritível), material (caráter absoluto) e formal (caráter indivisível, inalienável e intransmissível) (LUPI, 2001, p. 272-290)<sup>93</sup>.

Tendo por base tais atributos e a prática diplomática consolidada até então, Emmerich de Vattel, em 1758, publica sua obra seminal (*Le Droit des Gens, ou principes de la Loi Naturelle, appliqués à la conduite aux affaires des nations et des souverains*), texto este

---

<sup>92</sup> Esta imagem (Nave-República) é exposta pelo autor na dedicatória que abre seu livro mais notório, nos seguintes termos: “Enquanto a nave de nossa República tinha na popa o vento agradável, só se pensava em fruir um repouso firme e garantido, com todas as farsas, pantominas e disfarces que podem ser imaginados pelos homens inebriados por toda as espécies de prazeres. Mas, desde que a tempestade impetuosa passou a atormentar a nave de nossa República com tal violência que o próprio capitão e os pilotos estão como que cansados e extenuados por um trabalho contínuo, é preciso que os passageiros lhes dêem uma ajuda, quer nas velas, quer nos cordames, quer na âncora e, àqueles a quem faltar força, que dêem algum bom conselho”. (BODIN, 1583, apud GOYARD-FABRE, 1999, p. 120).

<sup>93</sup> Vale a pena ressaltar o ceticismo apresentado pelo autor no tocante à utilidade do recurso a tais “qualificativos à ideia hodierna de soberania”. Para ele, “os atributos da soberania são um resquício de sua formação inicial, evitada pela dualidade circunstancial-universal das obras de seus autores, arrastados para outros contextos, outras formações discursivas” (LUPI, 2001, p. 290). Continua o autor, de forma conclusiva, “[...] para se falar hoje em soberania intransferível, inalienável ou indelegável, exige-se um esforço de argumentação desnecessário, e exemplos históricos demonstram que – ao menos em determinado sentido – tais qualificativos não foram sempre respeitados. Ao caráter absoluto, a noção de conteúdo a seguir explicada em detalhe, demonstra que ele nunca existiu plenamente e que se trata de uma ficção derrubada em definitivo pelos crescentes controles jurídicos exercidos nas esferas de validade material dos Estados pelo Direito Internacional atual”. (LUPI, 2001, p. 290).

considerado o primeiro tratado moderno de direito internacional<sup>94</sup> (tomando por referência a compreensão do direito internacional como direito positivo entre Estados soberanos juridicamente iguais entre si) (MACEDO, 2008, p. 87). Um dos grandes méritos de Vattel consiste justamente em transpor, para a linguagem jurídica (logo, do direito positivo), as formulações até então construídas em bases jusnaturalistas<sup>95</sup> (VIGEVANI, 1999, p. 16). O esforço de buscar estabelecer um nexo entre o direito público interno e o direito internacional (MANCUSO, 2008, p. 17) permitiu-lhe identificar os Estados soberanos como sendo “um corpo político ou uma sociedade de homens unidos para buscar benefícios e segurança com forças reunidas” (VATTEL, 2008, p. 157). Por sua vez, ao definir os contornos dos Estados soberanos, identifica o autor os seguintes elementos constitutivos:

Toda a nação que se **governa a si mesma**<sup>[i]</sup>, sob qualquer forma que seja, **sem dependência de qualquer estrangeiro**<sup>[ii]</sup>, é um Estado soberano. Seus direitos são naturalmente os mesmos que aqueles de qualquer outro Estado. Essas são as pessoas morais que vivem juntas numa sociedade natural **sujeita às leis do Direito das Gentes**<sup>[iii]</sup>. Para que uma nação tenha o direito de figurar imediatamente nessa grande sociedade, basta que seja verdadeiramente soberana e independente, ou seja, que se governe a si mesma por sua própria

---

<sup>94</sup> No prefácio a sua obra, após identificar os pressupostos teóricos assumidos no trabalho, o autor procura deixar claro que pretende diferenciar e analisar o Direito das gentes em uma dupla dimensão: o necessário e o voluntário; “o primeiro, como uma lei sagrada que as nações e os soberanos devem respeitar e seguir em todas as suas ações; o segundo, como uma regra que o bem e a salvação comum os obrigam a admitir nos negócios que têm em comum. (...) Esse duplo Direito, baseado em princípios certos e constantes, é **suscetível de demonstração**. Será o principal objeto de minha obra.” (trecho destacado) (VATTEL, 2008, p. 132). Mais à frente, explicita: “essas três espécies de direito das gentes, voluntário, convencional e consuetudinário, compõem juntas o Direito das Gentes positivo. Todos procedem da vontade das nações: o direito voluntário, de seu consentimento pressuposto; o direito convencional, de um consentimento expresso; o direito consuetudinário, de um consentimento tácito”; e, como não há outra maneira de deduzir algum direito da vontade das nações, não há senão essas três espécies de Direito das Gentes positivo” (VATTEL, 2008, p. 152).

<sup>95</sup> Francesco Mancuso (2008, p. 21) sustenta que a teoria de Vattel “não é uma negação da bagagem conceitual do direito natural clássico, mas, ao contrário, uma tentativa de tornar efetivos os princípios do direito natural individuando um nexo essencial com a mediação do legislador” (MANCUSO, 2008, p. 21).

autoridade e por suas leis. (destaques acrescidos).  
(VATTEL, 2008, p. 159).

Desta passagem, extrai-se a tríade de elementos a partir dos quais se passou a atribuir o qualificativo “soberano” aos Estados: (i) o autogoverno; (ii) a independência de outros Estados; e (iii) a vinculação direta ao direito internacional. Assim, o Estado será soberano quando puder adotar decisões obrigatórias últimas em seu território, quando não se encontrar sujeito aos influxos provenientes de outros Estados; e, quando não estiver submetido a nenhuma outra autoridade que não seja o direito internacional (KOTZUR, 2001, p. 93).

Disto resulta que o papel desempenhado por este conceito vem sendo tradicionalmente encarado em termos absolutos (como um tudo ou nada), ou seja, ou o Estado detém a soberania (e todos os seus desdobramentos), ou não se lhe pode conferir o atributo “soberano”. Tais narrativas convergem para a compreensão da soberania como uma concepção monolítica. Esta conotação foi defendida enfaticamente por Hans Morgenthau (1948, p. 360-365), o qual mesmo após o lúcido diagnóstico acerca do processo de espraiamento do direito internacional e da criação de organismos internacionais que se avizinhava (promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e a criação da ONU, ambas em 1948), defendia o caráter ilimitado e indivisível da soberania. O autor, com base no seu ceticismo e de sua visão realista das relações internacionais, define a soberania como “autoridade suprema de promulgar leis e de conferir efetividade ao direito” (1948, p. 361). Distó decorre que, admitir a possibilidade de fracionamento da soberania, importaria na concretização de um duplo erro, tanto teórico-conceitual<sup>96</sup>, quanto de apreensão fática da dinâmica das relações internacionais<sup>97</sup>.

Ocorre que foi justamente a insurgência do espaço de regulação e de atuação do sistema de Estados que suscitou a necessidade de que o conceito de soberania fosse reespecificado a fim de que fosse reconhecida a existência de limites jurídicos externos aos entes

---

<sup>96</sup> Para ele, admitir sua divisibilidade ou compartilhamento importaria em autêntica contradição lógica, pois, desta forma, admitir-se-ia que os entes soberanos pudessem “desistir da soberania, mantendo-a” (1948, p. 365).

<sup>97</sup> Para o autor, seria esforço inútil tentar conciliar aquilo que a experiência histórica (e as condições da civilização moderna) teria mostrado ser irreconciliável: a soberania nacional e uma ordem internacional; para o autor, “[l]onge de expressar uma crença teórica ou refletir a atualidade da experiência política, o conselho para que se renuncie a ‘parte da soberania nacional’ em prol da preservação da paz é equivalente ao conselho de que alguém deva fechar os olhos e sonhar que pode comer uma torta e ainda a mantê-la”<sup>97</sup> (MORGENTHAU, 1948, p. 365).

soberanos<sup>98</sup>. Logo, sem poder prescindir da noção de *plenitude potestas* (elemento constitutivo da construção moderna sobre o Estado), de forma bem cara ao esforço de composição dos juristas, a doutrina do direito internacional tratou de operar uma cisão no conceito de soberania, reconhecendo a existência de uma dúplici dimensão: na *sua face externa*, a soberania se traduziria nos princípios de independência e igualdade jurídica dos Estados; na *sua face interna*, a soberania importaria no reconhecimento de que os órgãos estatais soberanos detêm a prerrogativa de definir o direito válido e de decidir sobre sua aplicação.

A existência desta dupla dimensão provoca uma abordagem igualmente bipartida acerca da soberania enquanto problema jurídico, de um lado, o direito internacional se ocupa de seus desdobramentos nos conceitos de igualdade jurídica dos Estados e a máxima de cooperação sem a qual não se pode conceber uma sociedade internacional de Estados (soberania externa), de outro, a Teoria Geral do Estado e o Direito Constitucional ocupam-se do problema da legitimidade e da organização dos poderes no plano doméstico (soberania interna).

A dimensão externa da soberania, de acordo com a lição de Stephan Krasner (2001; 2004) envolve dois sentidos distintos: o primeiro, sob denominação de *soberania jurídica internacional*, representa uma espécie de marco constitutivo do moderno direito internacional, fundado nas máximas do reconhecimento mútuo (como condição para o “nascimento” dos Estados), na veiculação da ideia de mútuo consentimento para a legitimidade da ordem e das obrigações jurídicas internacionais oponíveis aos Estados e na consagração da igualdade jurídica entre os Estados; o segundo, sob denominação de *soberania vateliana*, como visto, veicularia a noção de atributos sem os quais o Estado não poderia ser reconhecidamente soberano (demonstração de capacidade, *de facto* e *de juri*) e se consolida na correlata capacidade dos Estados de controlarem o movimento através de suas fronteiras (KRASNER, 2001, p. 19-21; 2004).

Por seu turno, a *soberania interna* representa um dos pontos cardeais do Estado moderno. A afirmação da soberania interna pretende fixar balizas para a subjugação (veiculada através das noções de Razão de Estado e da ideia de *plenitude potestas*) de centros de produção de normas pretensamente autônomos no interior dos Estados (corporações

---

<sup>98</sup> Hans Kelsen (2010, p. 135-137), reconhecendo que a ordem jurídica internacional é superior à ordem nacional, defende que a função essencial da ordem jurídica internacional consiste justamente em delimitar os domínios de validade das ordens jurídicas nacionais (domínios de validade territorial, pessoal e material).

medievais, organização local das cidades, regulação e atuação secular por parte das instâncias eclesiásticas) (RUGGIE, 1997). Nestes termos, esta dimensão da soberania refere-se às estruturas de autoridade dentro dos estados e a habilidade destas estruturas de efetivamente regular o comportamento humano (GIDDENS, 2001, p. 120-128). Estas estruturas de dominação, na linguagem weberiana, produzem os mecanismos institucionais e os discursos de legitimação que importam no seu reconhecimento pelos cidadãos e pelo grau de controle que as autoridades públicas (nacionais) são capazes de exercer (CAPORASO, 2000).

A existência desta dupla dimensão e dos esforços correlatos de acomodação teórica de suas tensões constitutivas contribuíram para uma acentuada indeterminação semântica em torno do próprio conceito de soberania, afinal de contas, de acordo com Hans Kelsen, o postulado básico de *superiorem non recognoscens* foi continuamente desfigurado, desde o início da tradição moderna<sup>99</sup>. No mesmo sentido, a diagnóstico similar chega Luigi Ferrajoli (2002) quando, ao discutir algumas das aporias inerentes ao conceito de soberania<sup>100</sup>, define-a como uma “categoria antijurídica”. Em relação à questão específica aqui tratada (oposição entre as dimensões interna/externa), o jurista italiano sublinha a existência de um autêntico descompasso entre a evolução histórica das narrativas sobre estas dimensões, pois se de um lado, no âmbito interno, a soberania sujeitou-se a um progressivo processo de limitação frente à afirmação histórica do modelo de estado constitucional de direito<sup>101</sup>, de

---

<sup>99</sup> Para Kelsen, o conceito primário da noção de soberania (formulação medieval *civitates superiorem non recognoscens*), “teria sido desvirtuado pela doutrina jusnaturalista do Estado, ao postular, num sentido político, o caráter ilimitado e absoluto, quer da soberania do príncipe, quer da do povo” (SOLON, 1997, p. 48). Por outro lado, o “reconhecimento do próprio Estado como depositário da soberania, conquanto seja contabilizado como um progresso científico em relação às teorias subjetivas jusnaturalistas da soberania de ‘homens’ (príncipe ou povo), também sofreu uma penetrante crítica por parte de Kelsen” (SOLON, 1997, p. 49).

<sup>100</sup> A *primeira aporia* descrita pelo autor (2002, p. 5-25) diz respeito ao significado filosófico da ideia de soberania, visto que: “como categoria filosófico-jurídica, a soberania é uma construção de matriz jusnaturalista, que tem servido de base à concepção juspositivista do Estado e ao paradigma do direito internacional moderno; logo, um resquício pré-moderno que está na origem da modernidade jurídica e, simultaneamente, em virtual contraste com esta” (2002, p. 2). Por seu turno, a *terceira aporia* (2002, p. 39-53) diz respeito “à consistência e à legitimidade conceitual da ideia de soberania do ponto de vista da teoria do direito” (2002, p. 3), que lhe levam a defender a tese de que há uma antinomia irreduzível entre soberania e direito.

<sup>101</sup> Esta trajetória de progressiva limitação da soberania interna é descrita por Luigi Ferrajoli (2002, p. 27-33), para quem o advento do Estado liberal de direito (Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1798 e demais cartas constitucionais) altera radicalmente a configuração do Estado, igualmente alterando, até anulá-lo, o princípio da soberania interna. Para o autor: “De fato, divisão dos poderes, princípio de legalidade e direitos fundamentais

outro lado, no âmbito externo, em sentido oposto, a soberania experimentou um processo de progressiva absolutização *de facto*, resultando nas grandes guerras do século passado<sup>102</sup>.

Sobre o impacto das transformações contemporâneas no conceito de soberania, Kanishka Jayasuriya (1999, p. 427-428) identifica a existência de três grandes perspectivas teóricas, nas diferentes dimensões do conhecimento (filosofia política, relações internacionais e direito, em especial o direito internacional). Nestes termos, esse autor sublinha a existência de múltiplos esforços tanto de sua desconstrução quanto de sua reespecificação, para tanto, agrupa tais abordagens em três grupos distintos: formalistas, construtivistas e estruturalistas. As perspectivas de caráter *formalista* tendem a diagnosticar a ocorrência de processos de *erosão* da soberania; a partir de uma abordagem a-histórica e incapaz de perceber a historicidade dos seus elementos constitutivos, costumam apresentar a soberania como um jogo de “tudo ou nada” (*zero-sum game*)<sup>103</sup>. Por sua vez, as perspectivas de caráter *construtivista* costumam apontar a ocorrência de mecanismos de *dissolução* da soberania; de acordo com esta abordagem, na visão desse autor, a emergência de novas formas de organização das comunidades políticas e a insurgência de novos atores políticos internacionais tornam insuficientes os conceitos de soberania. Por fim, as abordagens de matiz *estruturalista* apontam a ocorrência de processos de transformação do conceito de soberania; estas abordagens costumam focar na forma com que a soberania muda em relação à transformação fundamental na estrutura das relações econômicas e sociais.

Como antes assinalado, assume-se, nesta pesquisa, que não se está diante de um autêntico rompimento com o modelo territorial de organização da comunidade política; o que está em jogo é que este modelo não é exclusivo e convive com a formação de outros espaços

---

correspondem a outras tantas limitações e, em última análise, a negação da soberania interna” (p. 28).

<sup>102</sup> Esta trajetória de progressiva absolutização da soberania externa é descrita por Luigi Ferrajoli (2002, p. 33-38), para quem entre o século XIX e a primeira metade do século XX, o estado liberal de direito, no que se refere a sua soberania externa, “laicizada [...] e reforçada por sua nova base popular e nacional”, desprende-se de qualquer vínculo jusnaturalista e adota, “nas relações externas com os demais Estados”, uma postura de total libertação “de qualquer vínculo e freio jurídico”. Ainda segundo o autor, tal processo de absolutização redundava em duas principais consequências: a negação do direito internacional e “o espírito de potência e a vocação expansionista e destrutiva que animam tal paradigma da soberania estatal”.

<sup>103</sup> “Em teoria dos jogos e em teoria econômica, um *jogo de soma zero* é um jogo cuja soma da utilidade obtida por todos os seus participantes, para cada combinação de estratégias, sempre é igual a zero, isto é, um jogo em que o que um jogador recebe é diretamente proporcional ao que os demais perdem. A maioria dos jogos clássicos de tabuleiro são de soma zero”.

que transbordam as fronteiras territoriais e nacionais e que se organizam de forma não hierarquizada. O que se pretende fazer, adiante, é discutir um de seus paradoxos constitutivos, qual seja, o caráter de inclusão/exclusão ínsito ao conceito de soberania.

O que se quis evidenciar até aqui é que a soberania não pode ser compreendida tão-somente como um atributo para diferenciação dos Estados (*o Estado é ou não soberano?*), mas como concepção dinâmica apta a fornecer parâmetros a partir dos quais possam ser avaliados os diferentes graus de autonomia atribuíveis aos Estados (“capacidade de decidir”), graus estes que variam de acordo com a natureza das relações em meio aos quais os Estados encontram-se atrelados<sup>104</sup> (*qual o grau de liberdade da autoridade estatal em determinado contexto?*).

Portanto, conferir acento na associação da soberania à capacidade de decidir permite que esta “capacidade de decidir” venha a ser medida em graus, ou seja, que seja reconhecida a existência de vínculos formais e informais que condicionam (jurídica e materialmente) a atuação dos diferentes órgãos decisórios domésticos. Este condicionamento, todavia, não implica nem na negação da capacidade decisória dos órgãos estatais *ainda soberanos*, nem pode ser simplesmente reduzido a uma questão de “mera transferência” desta capacidade para instâncias outras situadas fora do Estado.

Tamanha é a força sugestiva da categoria (soberania) que, defende-se aqui, ela ainda se afigura capaz de atuar como ideia modeladora da “consciência compartilhada da sociedade” (BEAULAC, 2004, p. 181). Entrementes, sob este ponto de vista, não basta (uma vez mais) reconceituar os atributos classicamente reconhecidos ao conceito de soberania<sup>105</sup> (afinal de contas este esforço mostrou-se de todo inócuo).

---

<sup>104</sup> Interessante são as alegorias descritas por Mark Zacher (2000, p. 86): “De uma perspectiva puramente legal, os Estados mantêm, ainda, o direito soberano de não estarem obrigados por qualquer acordo internacional apoiado pela maioria ou até mesmo por todos os outros Estados. No entanto, na prática, eles se encontram cada vez mais *emaranhados* em uma rede de interdependência e de arranjos regulatórios e de cooperação, da qual geralmente não se podem livrar. Esse quadro confirma o julgamento de Harold Jacobson de que ‘a analogia apropriada para descrever o sistema político global contemporâneo é a de Estados presos em redes de organizações internacionais’. [...] E igualmente não é mais válido descrever o sistema internacional em termos de bolas de bilhar colidindo umas com as outras, a não ser que se imaginem essas bolas ligadas por cordões de resina, limitando o seu movimento em qualquer direção. Na verdade, o sistema internacional, como o processo de transformação histórica, pode ser descrito como ‘viscoso’”.

<sup>105</sup> Esforçar-se neste sentido é incorrer, necessariamente nas aporias e perplexidades sumariamente apontadas. Basta lembrar o sarcasmo com que Hans Morgenthau descreve o esforço de conciliação inconciliável.

O desafio consiste justamente em buscar novos parâmetros para reestruturar a noção de soberania em outras bases que não o acoplamento até aqui verificado entre autoridade e território. Bases teóricas estas que levem em conta *o fato* de que as estruturas de regulação da comunidade política não se encontram mais preponderantemente circunscritas ao “espaço territorial nacional”; e de que surgem novas formas de articulação entre instâncias decisórias distintas (não necessariamente excludentes) que exigem uma radicalização da dimensão dialógica de seus discursos normativos.

Antes, porém, de desenhar as bases constitutivas deste espaço transnacional, para os propósitos desta pesquisa, afigura-se importante identificar de que forma a soberania foi decisiva para a edificação das “fronteiras jurídicas do Estado”, tanto para a consolidação de um espaço de não-interferência das demais autoridades não-nacionais, quanto para a construção das ideias de autoridade e unidade interna do sistema jurídico.

### 1.3. A DEMARCAÇÃO DAS FRONTEIRAS JURÍDICAS: SOBERANIA NACIONAL E O DEBATE EM TORNO DO PONTO DE IMPUTAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO

Após identificar as bases da organização do Estado territorial e perscrutar os fundamentos do reconhecimento da soberania como capacidade de decidir do soberano, incumbe aqui apresentar a relação da transmutação, para o interior do discurso jurídico, da ideia de fronteira do próprio Direito.

O princípio da territorialidade contribuiu decisivamente para a construção da identidade comunitária em bases nacionais (identificação entre cidadania e nacionalidade) e a veiculação de regras constitutivas do enfeixamento de autoridades (identificação entre Direito e Estado). Como corolário disto, portanto, puderam ser construídos inúmeros mecanismos de distribuição de competências entre órgãos governamentais e de controles institucionais (construídos a partir da ideia de freios e contrapesos).

Diferentemente do que pode parecer, à primeira vista, a ideia de unidade sistemática da ordem jurídica (nacional) não conduz,

inexoravelmente, à constituição de estados totais<sup>106</sup>, ou mesmo na negação da diferença intra-comunitária, ou mesmo, na errônea assunção de que o princípio da não-contradição das normas jurídicas decorre de uma implicação lógica da própria noção de sistema. O que a noção de “estado territorial soberano” permite inferir é que, independentemente da existência de limites à atuação do Estado em relação à sociedade, quando o conflito entre autoridades ocorrer, o Estado pode avocar a prerrogativa de poder ditar a palavra final (CAPORASO, 2000). Com isto, as fronteiras artificiais do Estado passam igualmente a demarcar seu espaço de autonomia em face do seu outro (a comunidade internacional em sua totalidade)<sup>107</sup> (WALKER, R., 2006).

Opera-se, assim, como antes mencionado, no seio dos discursos de produção (e reprodução) do direito, uma espécie de demarcação espaço-temporal que confere sentido à realidade do Estado (ao passo que a identifica ao direito). Esta identidade lógica, ao remeter ao conceito teórico de soberania da ordem jurídica estatal, “permite falar tanto na validade última da ordem jurídica como na soberania do Estado, no sentido de um processo de imputação normativa, no fim do qual se estabelecem as regras fundamentais do direito constitucional de um país” (SOLON, 1997, p. 199).

A decisão soberana instituinte de uma nova ordem jurídica converte-se, quando traduzida na linguagem jurídico-constitucional, na engenhosa formulação de Siéyès de “poder constituinte”, um ato de força pura<sup>108</sup> que, por sua efetividade, positiva em uma ordem jurídica que, somente enquanto sistema jurídico, pode ser considerada soberana<sup>109</sup>. Seguindo o caminho percorrido por Ari Solon (1997), sem

---

<sup>106</sup> Neste sentido, avassaladora é a crítica de Kelsen (2003) e mesmo de Schmitt (1970) contra a ideia de direito como integração constante da proposta, influente no período weimariano, de Rudolf Smend.

<sup>107</sup> Diferente da abordagem pretendida aqui, o autor ocupa-se em desconstruir os fundamentos constitutivos da ordem internacional, desta forma, seu argumento central é de que o direito internacional se constitui pela prática de exteriorizações duplas: os sujeitos modernos transformam sua subjetividade em algo objetivo na relação com os outros (primeira exteriorização), ao passo que a divisão entre o interno e o externo ocorre em contraposição a um mundo exterior a ambos (segunda exteriorização).

<sup>108</sup> Ressaltando o elemento voluntarista da construção schmittiana, Ari Solon (1997, p. 90) assinala que a decisão “não resulta do conteúdo da norma, mas de uma ‘característica específica da forma jurídica’ que alude a uma ‘auctoritas interpositio’: qual a pessoa singular ou a instância concreta que decide soberanamente?”. Desta forma, conclui o autor (1997, p. 90), ocorre um “retorno ao elemento personalista do século XVII sobre o ‘sujeito real’ detentor de poder efetivo de decidir”.

<sup>109</sup> Ari Solon (1997, p. 61) explicita que “A positividade do direito descansa, pois, em última instância, na norma fundamental que determina a soberania da ordem jurídica; sobre este elemento puramente formal, edifica-se toda a ordem jurídica. A positividade também é uma

coincidir com as conclusões finais a que chega<sup>110</sup>, é possível identificar no embate travado entre as posições antagônicas de Kelsen e Schmitt, uma série de elementos comuns que, eliminando as posições extremadas que caracterizam a postura dos autores (soberania como norma e soberania como decisão), evidenciam dois aspectos de vital importância para a compreensão da operatividade da ideia de unidade sistemática do direito, contemporaneamente traduzida na percepção de uma dupla natureza do direito, enquanto faticidade e enquanto validade<sup>111</sup>. Esta dupla aceção decorre da inarredável referibilidade das normas jurídicas ao mundo do ser.

Passar a compreender a soberania a partir do reconhecimento desta ambivalência constitutiva, tanto como norma quanto como decisão, no âmbito interno, pressupõe o reconhecimento de uma tensão existencial entre a noção de supremacia ínsita à soberania nacional e a ideia reguladora de sua subordinação à ordem internacional<sup>112</sup>.

Ambos os reducionismos, do direito à política (decisão) e da política ao direito (norma), não parecem adequados para lidar com a ligação que se pretende estabelecer entre a teoria da soberania e a edificação das fronteiras do edifício jurídico. Primeiro, porque não conseguem eliminar a tensão irredutível entre norma e decisão, entre supremacia da ordem internacional e da ordem interna, dada a natureza aporética da relação entre a soberania estatal e as demandas do sistema

---

pressuposição, um postulado da ciência do direito, que Kelsen acha possível identificar com a suposição da soberania”.

<sup>110</sup> A principal objeção feita em relação à tese de Ari Solon consiste na questão central por ele defendida segundo a qual é indispensável que seja reconhecida a imprescindibilidade de um *principium unitatis* que funcione como ponto de imputação de validade de todo o sistema. (SOLON, 1997, p. 200). Como se defende adiante, a redução interpretativa a uma única autoridade não se compraz com os desafios apresentados sobre o direito e sobre a constituição, sumarizados nos capítulos terceiro e quarto.

<sup>111</sup> “Habermas explica que, para realizar a função de integração social na sociedade complexa, o direito moderno desenvolveu uma tensão entre faticidade e validade, porque permite aos sujeitos, usando a racionalidade estratégica, considerarem o direito como um fato social dotado de vigência quando agem orientados pelo êxito na medida em que comparam os custos e benefícios da ação a partir da coação das sanções previstas na lei, bem como possibilita àqueles que agem orientados para o entendimento recíproco segundo a racionalidade comunicativa, buscarem um consenso racionalmente motivado através do reconhecimento da validade da lei”. (DURÃO, 2006, p. 105).

<sup>112</sup> Esta questão ganha especial projeção no debate em que Kelsen é um dos principais protagonistas em torno da relação entre as normas de direito internacional e a ordem jurídica interna, o debate que opôs monistas e dualistas e que será objeto de considerações específicas no item 5.1 deste trabalho.

de estados (que tornam possível a reivindicação da soberania)<sup>113</sup>. Segundo, porque ambas as construções teóricas possuem como corolário necessário a demarcação das fronteiras entre o direito interno e o universo jurídico para além do Estado, reconhecendo a existência no interior do Estado territorial de uma ordem jurídica vigente dotada de unidade sistemática, já que se lhe investe de “um mesmo ponto final de imputação de todas as regras como uma força única concêntrica no sistema” (SOLON, 1997, p. 200).

Confrontado com a dificuldade contemporânea de lidar com a questão em torno da unidade normativa do sistema jurídico<sup>114</sup> em meio à existência de múltiplas fontes normativas não estruturadas hierarquicamente, Ari Solon (1997, p. 200-201) indica que uma teoria da soberania ante tais desafios, ainda assim não pode prescindir de um *principium unitatis* do sistema, devendo reconhecer “o fato da unidade do direito preservar na diversidade da experiência jurídica e na heterogeneidade de suas fontes” a sua “identidade formal”. Complementa o autor:

Se todo aglomerado de decisões puder ser atribuído a uma autoridade suprema no vértice de um processo dinâmico que, metaforicamente, é a vontade do Estado, mas, na realidade, abstraindo-se todo elemento pessoal e psicológico, é a última regra de imputação normativa. [...] Enquanto a aglomeração de normas, que podem até apresentar conflitos, puder ser reconduzida a ‘um mesmo ponto final’, encontramos-nos diante da continuidade formal do direito; **o sistema é soberano, mesmo diante de cadeias normativas sofrendo rupturas contínuas.** Se há descontinuidade, a unidade deixa de estar assegurada, se a norma-origem constituída por uma decisão fundamental sobre a forma da produção e variação das demais normas for violada por vias não previstas no próprio sistema.

---

<sup>113</sup> Qualquer análise que pretenda adotar isoladamente quaisquer desses pontos de partida, na lição de Rob Walker (2006), tende a falhar na missão de compreender a dinâmica da política moderna.

<sup>114</sup> O autor assenta-se nas lições de seu orientador, Tércio Sampaio Ferraz Jr (1994, p. 214) para quem “os sistemas normativos contêm não uma, mas várias normas-origem e correspondentes séries normativas, constituindo um todo coeso, integrado, não necessariamente hierárquico, regido não pelo princípio regressivo a um ponto inicial e irradiador único, mas pelo princípio da equifinalidade, isto é, que um mesmo ponto pode ser atingido a partir de diversas origens e por diversos meios”.

Nesse caso, não se está mais diante do mesmo sistema normativo, mas de outra ordem jurídica. (SOLON, 1997, p. 201).

O trecho transcrito chama a atenção para um aspecto central da modernidade no direito e que conecta umbilicalmente a soberania ao papel atribuído à constituição: a consagração da ideia estruturante de unidade sistemática, ou mesmo de hierarquia normativa, como sendo o traço distintivo do direito nacional e o elemento caracterizador da natureza soberana do sistema de normas por ele veiculado.

Todavia, há um sem-número de desafios contemporâneos que concorrem para uma desestruturação do modo de organização política próprio do estado territorial, ou talvez, pelo menos, para a necessidade de rearticulação interna na forma como se inter-relacionam seus elementos constitutivos<sup>115</sup>. Encontra-se em marcha um processo progressivo de desacoplamento dos vínculos de congruência entre território e autoridade de tal sorte que os Estados, segundo James Caporaso (2000), veem diminuída sua capacidade de resistência à autoridade externa; não se trata de mera influência política, mas da impossibilidade concreta de que as instituições nacionais possam reverter a autoridade da ordenação produzida fora do Estado<sup>116</sup>. Por conseguinte, o que se vislumbra é uma crescente impossibilidade de se “excluir a autoridade externa”.

Estes diferentes processos conduzem ao que Caporaso (2000) denomina de insurgência de um espaço de transnacionalização do universo jurídico no curso do qual as estruturas de autoridade da ordem jurídica doméstica são colocadas em xeque por estruturas de autoridade de outros níveis não-estatais. O que está em questão, portanto, não é exatamente a criação de um Estado cosmopolita ou global, mas um entrelaçamento de relações entre autoridades domésticas e externas e uma predisposição de aceitação de uma ou outra autoridade de acordo com a natureza do problema que se tem à mão. Estas interconexões (e tensões) deságuam no debate em torno do lugar da constituição nos discursos de legitimação do direito. Antes, porém, de discutir as

---

<sup>115</sup> Estes inúmeros fatores de desagregação serão discutidos pormenorizadamente nos capítulos 3 e 4 desta tese.

<sup>116</sup> James Caporaso (2000) sustenta que as fronteiras territoriais e as estruturas de autoridade domésticas têm sofrido um processo crescente de desacoplamento; que as autoridades externas rotineiramente invadem o espaço reservado ao ordenamento jurídico dos estados nacionais (em especial, nos processos de integração regional); que o aparato decisório das instituições nacionais vem sendo “ameaçado” por práticas de instituições supranacionais, em especial, através de mecanismos de *judicial review* que subvertem, dramaticamente, a ideia de capacidade última de decidir reconhecida, pelo Sistema de Vestfália, aos Estados soberanos.

propostas de redefinição do papel a ser desempenhado pela constituição, ou ainda, os esforços de desterritorialização da noção de constituição e o seu deslocamento para outros espaços de regulação não-estatais, convém identificar de que forma a teoria constitucional associa os múltiplos problemas em torno da constituição às dimensões institucionais do modelo de “estado territorial soberano” que vem guiando as análises até aqui empreendidas.

## 2. A CONSTITUIÇÃO COMO FRONTEIRA DO MODELO DE “ESTADO TERRITORIAL SOBERANO”

Ao longo do processo de consolidação do modelo de estado territorial soberano, a ideia de constituição progressivamente transforma-se em um elemento central tanto para o direito, quanto para a ciência política. Esse “sucesso” vem sendo constantemente ressaltado independentemente da perspectiva que se adote: do ponto de vista das ideias políticas, a constituição passa a ser considerada uma “escritura necessária do poder”; do ponto de vista do direito, é com a ideia de supremacia constitucional que se torna possível compreender o direito como unidade sistemática dotada de um único ponto de imputação; ainda, sob a perspectiva da intersecção entre direito e política, a novidade moderna da constituição decorre do fato de atuar como ponto de ligação estrutural entre direito e política.

O presente capítulo tem por *objetivo* identificar de que forma os elementos constitutivos da teoria constitucional podem ser articulados às quatro dimensões da soberania que foram identificadas e analisadas no capítulo anterior. Portanto, o que se pretende é identificar de que formas as principais temáticas problematizadas no seio da teoria constitucional podem ser relacionadas aos elementos estruturais do modelo de “estado territorial soberano”.

Este objetivo se desdobrará em dois esforços sucessivos, um primeiro, de identificação dos sentidos modernos atribuídos às expressões constituição e constitucionalismo, como modelo de experiência histórica e como modelo normativo; um segundo, de análise específica das relações antes mencionadas que possibilitarão o desvelamento da arquitetura normativa imbricada à ideia de constituição.

### 2.1. CONSTITUIÇÃO E CONSTITUCIONALISMO NA TRADIÇÃO MODERNA

Este item por finalidade fornecer evidências em relação à oscilação semântica do vocábulo “constituição” e “constitucionalismo”. Não se pretende aqui recuperar as diferentes acepções em que, ao longo da história das ideias políticas, a palavra Constituição (*Politeia*,

*Constitutio, Lex fundamentalis*) foi empregada<sup>117</sup>, nem um inventário muito abrangente sobre os múltiplos sentidos que as diferentes tradições científicas conferem à expressão constitucionalismo. Pretende-se definir os contornos modernos destas expressões e, sobretudo, o sentido normativo de que elas se revestem. É justamente a partir desta dimensão normativa que as temáticas específicas serão desenvolvidas no item subsequente.

Antes, porém, de enfrentar este desafio, convém trazer a lume a advertência feita por Maurizio Fioravanti (2001, p. 12), para quem a constituição e o constitucionalismo não podem ser reconstruídos discursivamente como resultado de um processo evolutivo e triunfalista da razão. Pelo contrário, não se pode deixar de reconhecer que qualquer esforço histórico de recuperação conceitual narra uma “pluralidade de sucessos, com o intento de restituir cada um deles ao significado que deriva de sua inserção a um determinado tempo histórico, com sua própria originalidade e realidade específicas”<sup>118</sup>.

---

<sup>117</sup> Simone Goyard-Fabre destaca que apesar da ideia de Constituição não ser criação dos pensadores do século XVIII, eles “modificaram profundamente a conotação do termo *Politeia*” (1999, p. 102), pois na filosofia política da Antiguidade, “a ideia de constituição designava assim a finalidade política – o justo – enquanto as leis eram meios pelos quais se buscava o estabelecimento da justiça” (1999, p. 102). Posteriormente, na Idade Média “delineou-se uma oscilação semântica no Século XIII quando a palavra ‘Constituição’ foi empregada no sentido de ‘instituição’, termo esse que se aplicava, por exemplo, às disposições adotadas pelas municipalidades. Posteriormente, no século XVI, a palavra ‘Constituição’ foi utilizada conjuntamente com a metáfora do ‘corpo político’ para designar sua organização; nesse uso, rapidamente passou a corresponder à noção de ‘lei fundamental’, designando assim, no Estado cujos contornos modernos se delineavam, um corpo de normas que, superior a todas as regras, determinava, conforme elas lhe fossem conformes ou contrárias, sua regularidade ou sua irregularidade (sua constitucionalidade ou sua inconstitucionalidade) e, em consequência, sua validade ou sua invalidade jurídica. No Estado, a ideia de Constituição foi assim pensada como o *analogon* moderno do que haviam sido outrora a *Magna Carta* de João sem Terra no reino da Inglaterra e as ‘leis fundamentais’ da monarquia francesa. Portanto, ela mostrou-se a palavra originária das competências normativas do Estado, que fixa para o princípio do direito público o âmbito no qual deve exercer-se e assume *ipso facto* um valor programático. Nessa maneira nova de compreender a Constituição, conjugaram-se duas ideias mestras e complementares, que a doutrina, desde então, firmou e aprimorou constantemente. Por um lado, a Constituição define o estatuto orgânico do Estado e é nela que reside a base da potência estadual. Por outro lado, o aparelho jurídico do Poder se delinea segundo o esquema da “hierarquia das normas” (GOYARD-FABRE, 1999, p. 103).

<sup>118</sup> Tradução livre de: “(...) narra una pluralidad de sucesos, con el intento de restituir cada uno de ellos al significado que deriva de su pertenencia a un tiempo histórico preciso, con su propia originalidad y realidad específica”.

### 2.1.1.1. Constituição como “lei suprema da nação”<sup>119</sup>

Desde o trabalho seminal de Benjamin Constant, de 1819<sup>120</sup>, sobre a delimitação teórica da liberdade moderna (centrada no indivíduo) em contraposição à liberdade dos antigos, o ponto central atribuível ao *sentido moderno de constituição* consiste na sua identificação como “texto fundador no qual, em seus diversos campos de competência e de ação, se apoia a política estatal” (GOYARD-FABRE, 1999, p. 105). Em outras palavras, o sentido moderno de constituição decorreria do fato de que o texto constitucional passa a ser considerado “ao mesmo tempo como uma lei, suprema e fundamental, e como um padrão estrutural específico, que articula os órgãos do Estado sob dado modelo”. (SALDANHA, 2000, p. 4). Nestes termos, o “conceito ideal” modernamente construído pode ser enunciado da seguinte forma<sup>121</sup>:

---

<sup>119</sup> Alusão feita aqui à redação do art. 6º, cláusula segunda da Constituição estadunidense, a chamada cláusula de supremacia, que fixa ser a Constituição “the supreme law of the land”.

<sup>120</sup> O pensamento de Benjamin Constant é marcado pela célebre distinção entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos. No famoso texto de 1819 – Da liberdade dos Antigos comparada à dos Modernos –, Constant afirma que a Antiguidade conheceu um conceito de liberdade consistente “em exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania inteira, em deliberar na praça pública sobre a guerra e a paz, em concluir com os estrangeiros os tratados de aliança, em votar as leis em pronunciar julgamentos, em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados” (CONSTANT, 1985, s/p), por um lado, ao passo que, por outro, contemplovava-se uma “submissão completa do indivíduo à autoridade do todo” (CONSTANT, 1985, s/p). Já a Modernidade vê como livre o homem que tem a seu favor a liberdade individual, a propriedade, a legalidade, ou como chama o autor, a independência na vida privada. Na síntese de Constant: “O objetivo dos antigos era a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria. Era isso o que eles denominavam liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança dos privilégios privados; e eles chamam liberdade as garantias concedidas pelas instituições a esses privilégios” (CONSTANT, 1985, s/p). Após contextualizar o que chama de defesa da liberdade dos Antigos durante a Revolução Francesa, e atribuí-la à influência do pensamento de Rousseau e do Abade de Mably, Constant conclui que a liberdade dos modernos não pode ser restringida em prol da liberdade dos antigos, momento em que lança o sistema representativo como mecanismo engenhosamente adequado a garantir que a liberdade política continue a residir no povo, que, no entanto, verá seus representantes preocupando-se com o exercício da soberania, ao passo que lhe restará precioso tempo para gerir sua intangível esfera privada de interesses.

<sup>121</sup> Em sentido similar, a partir de sua classificação ontológica da constituição, que busca enfatizar as dimensões institucionais do estar em forma constitucional, Karl Loewenstein (1976, p. 153), em lição tornada clássica na teoria constitucional, assinala que: “1. La diferenciación de las diversas tareas estatales y su asignación a diferentes órganos estatales o detentadores del poder para evitar la concentración del poder en las manos de un único y autocrático detentador del poder. 2. Un mecanismo planeado que establezca la cooperación de los diversos detentadores del poder. Los dispositivos y las instituciones en forma de frenos y contrapesos – los chek and balances, familiares a la teoría constitucional americana y francesa -

Por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Podemos desdobrar este conceito de forma a captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: (1) ordenação jurídico-política plasmada num *documento escrito*; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de *direitos fundamentais* e do respectivo modo de *garantia*; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo, um poder *limitado e moderado*. (CANOTILHO, 1999, p. 48).

Este conceito ideal associa a já assinalada aspiração a um texto escrito (com carácter fundante da ordem posta) à ideia de “ordenação sistemática”, assim, o constitucionalismo pode ser situado, ao lado da codificação, como um dos produtos diretos do jusnaturalismo racionalista do início da era moderna (RUIZ MIGUEL, 2002, p. 269). Neste contexto, o discurso constitucional reveste-se de uma feição acentuadamente universalista que veicula a noção de supra-ordenação da constituição mediante a conjugação de três ideias-força: (i) a primazia da lei e da crença no seu valor transformador da realidade; (ii) a exigência liberal de submeter a limites pré-estabelecidos o poder político por intermédio da garantia de liberdades e garantias individuais; e, por fim, (iii) a busca de segurança jurídica decorrente da veiculação das regras através de um texto escrito, claro e simples, dotado de relativo grau de estabilidade. (RUIZ MIGUEL, 2002, p. 275-6).

A propagação deste conceito ideal de constituição é tributária direta da força expansiva e simbólica do constitucionalismo

---

, significan simultáneamente una distribución y, por tanto, una limitación del ejercicio del poder político. 3. Un mecanismo, planeado igualmente con anterioridad, para evitar los bloqueos respectivos entre los diferentes detenedores del poder autónomos, con la finalidad de evitar que uno de ellos, caso de no producirse la cooperación exigida por la constitución, resuelva el impasse por sus propios medios, esto es, sometiendo el proceso del poder a una dirección autocrática. (...) 4. Un método, también establecido de antemano, para la adaptación pacífica del orden fundamental a las cambiantes condiciones sociales y políticas – el método racional de la reforma constitucional – para evitar el recurso a la ilegalidad, a la fuerza o a la revolución. 5. Finalmente, la ley fundamental debería contener un reconocimiento expreso de ciertas esferas de autodeterminación individual – los derechos individuales y libertades fundamentales –, y su protección frente a la intervención de uno o todos los detentadores del poder.”

revolucionário do século XVIII<sup>122</sup>. Nota-se que é justamente no seio deste constitucionalismo revolucionário que a constituição sofre sua transformação semântica fundamental e que são forjados inúmeros dos conceitos políticos novos, destinados à produção de adesão política e ideológica (*Kampffparole*) (CANOTILHO, 1999, p. 53-54). É neste sentido que Maurizio Fioravanti (2001), privilegiando a intersecção (e rearticulação) do conceito de constituição à ideia de soberania, refere-se às revoluções americana e francesa como momentos decisivos à formação da concepção moderna de constituição. Para o autor, as revoluções liberais “situam em um primeiro plano um novo conceito e uma nova prática que estão destinados a por em discussão a oposição entre a tradição constitucionalista e a soberania popular”,<sup>123</sup> que se revela na força explicativa da categoria *poder constituinte*<sup>124</sup> (FIORAVANTI, 2001, p. 103).

Se por um lado, é possível reconhecer que a modernidade constitucional é tributária direta do constitucionalismo revolucionário, por outro lado, não se pode daí inferir nem a existência de um único uso atribuível à constituição, muito menos a existência de um único modelo de constituição universalizável a partir das diferentes experiências históricas das constituições ocidentais.

Mesmo após a publicação de expressivos inventários classificatórios acerca dos diferentes usos da palavra “Constituição”, ainda costuma-se atribuir especial importância ao esforço de Carl Schmitt em sua *Verfassungslehre*, de 1928<sup>125</sup> (CUNHA, 2002;

---

<sup>122</sup> De acordo com a lição de Karl Loewenstein (1976, p. 159-160), esta “evolução” expressa-se através de três momentos distintos: como promulgação solene de uma carta de identidade soberana (na independência das treze colônias); como fruto do processo de racionalização do poder político e de sua transposição da coroa ao povo soberano (na França revolucionária); até adquirir o caráter de universalidade que, de acordo com a visão entusiasta do autor, resultaram na identificação (prática e ideológica) de identidade entre soberania popular e constituição escrita (1976, p. 161)

<sup>123</sup> Esta oposição é sumariamente descrita, por Maurizio Fioravanti (2001, p. 102), nos seguintes termos: “por uma parte, la tradición constitucionalista del poder limitado; por otra, la aspiración naciente de poner en discusión la forma política y la misma tradición por el mismo pueblo, que en el caso de Rousseau era sin medias tintas definido como soberano” (FIORAVANTI, 2001, p. 102).

<sup>124</sup> Este poder foi exercido pelos americanos para afirmar sua independência frente à Pátria-Mãe e, em seguida, para por em vigor as constituições estaduais e a federal (de 1787). Por seu turno, os franceses pretendiam destruir as instituições do antigo regime e gerar uma nova forma política. Cf. a discussão em torno do poder constituinte na seção 2.2.1.

<sup>125</sup> Carl Schmitt representa um dos principais críticos liberais, propondo um modelo constitucional centrado na decisão que se reveste de características marcadamente antiliberais. Desta feita, introduzir o autor nesta tese afigurar-se-ia temerário e exigiria um enfrentamento de muitas de suas críticas devastadoras ao liberalismo, situação esta que não se coaduna com os recortes metodológicos necessários para a realização de trabalhos desta natureza. Vale a

LUHMANN, 1996). Um dos aspectos mais relevantes de sua abordagem resulta do seu engenho criativo em operar duas distinções básicas (entre constituição e leis constitucionais e entre conceito absoluto e relativo de constituição), a partir das quais pôde agrupar múltiplos sentidos atribuíveis à constituição e à lei fundamental<sup>126</sup>. Estas distinções põem em relevo dois aspectos importantes: primeiro, o efeito neutralizador (no sentido de esvaziamento do elemento político) operado pela positividade moderna da Constituição (*lex scripta*); e, segundo, a oposição emblemática entre constituição em sentido formal e em sentido material<sup>127</sup>. Por tais razões é que o inventário em torno dos usos da palavra constituição seguirá, em parte, as linhas traçadas na obra do constitucionalista alemão.

A primeira distinção entre Constituição e leis fundamentais<sup>128</sup> surge de uma necessidade reconhecida por Carl Schmitt de enfrentar o esvaziamento do sentido de totalidade da Constituição decorrente de sua redução (prussiana) à ideia de ato legislativo (ou seja, de um conjunto de regras jurídicas de organização do Estado). Imbuído deste propósito, para o autor, a *Constituição* seria fruto de “uma decisão consciente que a unidade política, através do titular do poder constituinte, adota por si mesma e se dá a si mesma” (SCHMITT, 1970, p. 25), enquanto que as *leis constitucionais* corresponderiam aos textos considerados como tais

---

pena chamar a atenção, contudo, ao ceticismo com que o autor enfrenta as promessas emancipatórias do liberalismo e o vigor com que ele denuncia a ideologia burguesa que subjaz latente às máximas constitutivas do ideal de “Estado de direito”. Neste sentido, o esforço classificatório da constituição e as funções a ela atribuídas, acabam por desvelar algumas contradições e alguns discursos liberais não revelados, por isto seu pensamento ainda é tão provocante e, a partir de diferentes matizes, seu pensamento constantemente provoca releituras desafiadoras ao próprio constitucionalismo.

<sup>126</sup> O autor reúne um conjunto de nove significados atribuíveis à expressão “lei fundamental”; para ele, esta relativização e pluralização se ampliam à medida que se dissolve a consciência em torno da existência política, ao passo que, em certo sentido, ainda mantém presente a ideia de Unidade. (SCHMITT, 1970, § 5º, p. 47-50).

<sup>127</sup> É possível identificar na separação entre constituição e lei constitucional de Carl Schmitt (2001, p. 45-52) o ponto de partida para a divisão que se operaria: (i) entre as teorias formal e material da constituição, (ii) pelas ideias de constituição em sentido formal e em sentido material; e, sobretudo, (iii) no enfrentamento do problema da mutação constitucional e do caráter problemático (e contra-majoritário) das limitações ao poder de reforma da constituição.

<sup>128</sup> Colocando em relevo a distinção entre constituição e lei constitucional em Carl Schmitt, Gilberto Bercovici (2003, p. 60-61) assinala: “A Constituição em sentido positivo surge mediante ato do poder constituinte, em um único momento de decisão no qual a totalidade da unidade política é considerada em sua particular forma de existência. Deste modo, para Schmitt, a Constituição é a decisão consciente que a unidade política, através do titular do poder constituinte, adota por si mesma e dá a si mesma. A Constituição vale em virtude da vontade política do titular do poder constituinte. Já a lei constitucional pressupõe e vale com base na Constituição.”

por elementos formais externos, independentemente do conteúdo por eles veiculados (ou seja, independentemente de ser expressão mesmo da vontade política fundamental do titular do poder constituinte) (SCHMITT, 1970, p. 24-26)<sup>129</sup>.

Com base na segunda diferenciação, entre *conceito absoluto* e *relativo*<sup>130</sup> de Constituição, o autor procura recuperar historicamente diversas concepções sobre a natureza do político e dos seus elementos característicos (associados à unidade do Estado), enfeixando-os a partir do par dicotômico total/parcial. Através deste artifício, o autor acaba por colocar em evidência, como uma espécie de atributo inerente à ideia mesma de Constituição, uma oposição que lhe é muito cara, qual seja aquela que contrapõe uma visão totalizante do fenômeno do poder à possibilidade de coexistência de visões compartimentadas sobre a constituição (segundo ele, de feição formal e dessubstancializadora).

Para o autor, a constituição como *conceito absoluto* (compreendida como um todo unitário) reúne as perspectivas que identificam a constituição a uma “situação total da unidade e ordenação políticas” (SCHMITT, 1970, p. 3). Desta forma, em sentido absoluto, a constituição pode significar tanto uma concreta maneira de ser resultante de uma unidade política existente, qualquer que seja ela (*sentido de existência concreta*<sup>131</sup>), quanto uma *regulação jurídica fundamental* compreendida como um “sistema de normas supremas e absolutas”.

---

<sup>129</sup> Em que pese sua intenção deliberada de subtrair o caráter de fundamentalidade das disposições constitucionais que não expressassem as decisões políticas fundamentais da comunidade política, esta distinção entre Constituição e lei constitucional possibilitou o desenvolvimento de um debate muito caro ao constitucionalismo do pós-guerra que opunha as ideias de constituição em sentido formal e em sentido material.

<sup>130</sup> Sobre a rubrica de *conceito relativo de constituição*, Carl Schmitt sistematiza as diferentes construções dogmático-jurídicas da época que pretendem identificar a constituição a partir de seus atributos formais, quais sejam, a sua condição de constituição escrita (*lex scripta*) e a presença de garantias contra a erosão legislativa através de cláusulas de reforço. Tais concepções, contudo, careceriam de um problema vital, qual seja: a dissolução da noção de Constituição (em sentido absoluto) em um aglomerado de disposições constitucionais particulares, situação esta que, na sua visão, destituir-lhe-ia de qualquer elemento apto a conferir-lhe legitimidade material. (SCHMITT, 1970, p. 13)

<sup>131</sup> Em seu *sentido de existência concreta*, como que uma espécie de aproximação descritiva da forma de organização do poder no Estado, podem ser reunidas três distintas percepções acerca da Constituição: na *primeira*, a constituição é identificada à “concreta situação de conjunto da unidade política e ordenação social de certo Estado” (que reuniria tanto o sentido de *Politeia* dos antigos, quanto à formulação de Jellinek que vê na constituição uma forma de organização do Estado); na *segunda*, a constituição é uma maneira especial de ordenação política e social, aqui a constituição como status pode ser identificada com aquilo que a Teoria do Estado virá a discutir como “formas de governo” (o autor reúne os trabalhos de S.Tomás de Aquino, Jean Bodin, Hugo Grócio e Thomas Hobbes); e, na *terceira*, a constituição é identificada a um princípio de devir dinâmico da unidade política, cuja unidade é constantemente constituída

Em relação a este último aspecto (constituição em sua totalidade *normativa*), Carl Schmitt (1970, p. 3-12) coloca ao lado de sua proposta de constituição em sentido “positivo”<sup>132</sup>, duas outras compreensões as quais pretende combater no curso de sua teoria constitucional: a *primeira* que compreende a constituição como um simples dever-ser, designando uma unidade e uma totalidade que implica a identificação do Estado à Constituição, reunindo tanto concepções jusnaturalistas (soberania da Razão) quanto a concepção positivista de Hans Kelsen (constituição soberana)<sup>133</sup>; e, a *segunda* que reuniria aquelas construções teóricas embebidas da fé racionalista que permitiriam que as constituições revolucionárias fossem vistas como um “plano consciente e completo da vida política e social na totalidade” (SCHMITT, 2003, p. 35).

Por fim, é possível ainda referir-se à constituição como “conceito ideal” que resultaria da fixação de um conjunto de critérios ou parâmetros aptos para se identificar a “verdadeira” ou “autêntica” Constituição (SCHMITT, 1970, p. 41). Estes critérios, construídos contrafaticamente, seriam manejáveis para aferir o grau de adequação (de legitimidade) de determinada constituição concreta (ou histórica) a tais exigências normativas. Justamente contra esta aceção de constituição, o autor desfere uma crítica arguta, por ver neste artifício um emascaramento da dimensão política levada a cabo pela ideologia do liberalismo<sup>134</sup>.

---

como resultado de processos de interações de diferentes atores da comunidade política (princípio da integração, recuperado no debate de Weimar por Rudolf Smend). (SCHMITT, 1970, p. 3-8).

<sup>132</sup> Nestes termos, ao conferir acento ao elemento volitivo da Constituição, uma Constituição é válida “quando emana de um poder (ou seja, força ou autoridade) constituinte e se estabelece por sua vontade”, desta forma, se confere ênfase no elemento existencial que constitui o cerne da ideia de Constituição.

<sup>133</sup> Para o autor, são representativas destas abordagens, respectivamente, de um lado, Royer-Collard e Guizot, de outro, Hans Kelsen (SCHMITT, 1970, p. 33-34).

<sup>134</sup> Para o autor, atribuir à constituição uma série de exigências normativas (e.g. a constituição deve ser escrita, deve regular a divisão de poderes entre os órgãos governamentais e deve veicular um sistema de garantias de liberdade) esconde um acentuado caráter ideológico. Cético em relação às promessas emancipatórias do liberalismo, o autor busca “denunciar” a ideologia burguesa que subjaz latente às máximas de liberdade e democracia que compõem o ideal de constituição no Estado de direito (SCHMITT, 1970, p. 43-47), o que, segundo defende, por veicularem convicções políticas, só contribui para a desagregação da comunidade política. Dois autores contemporâneos que tomam como ponto de partida a crítica schmittiana ao liberalismo são Chantal Mouffe (1994), desenvolvendo a sua ideia de democracia agonista, e Giorgio Agamben (2004) com a retomada do problema da exceção na compreensão do soberano.

O desvelamento do seu acentuado caráter ideológico não tem o condão, por si só, de eliminar a utilidade (necessidade?) de se conceber modelos normativos em relação à justa ordenação constitucional. Esta dimensão normativa da constituição, que se impõe como limite (desde fora) ao político (aos poderes soberanos), representa um dos principais legados do constitucionalismo e, como tal, não pode ser olvidado.

O desafio, sempre atual, consiste em conceber um modelo que dê conta das tensões constitutivas que atravessam as diferentes experiências constitucionais modernas: tensão entre o universal e o particular, entre a autodeterminação democrática e a contenção contramajoritária das minorias, entre o passado e o futuro.

A partir deste enfeixamento entre força constitutiva da constituição e de um engajamento dos cidadãos, é possível trazer à tona, ilustrativamente, o conceito normativo de constituição de Gunther Frankenberg (2007), para quem:

[e]las [as constituições modernas] têm em vista todos os membros da sociedade como partícipes ativos da vida social e política, cultural e econômica, à medida que lhes atribui a capacidade e disposição de dominar, autonomamente, seu destino e os problemas da vida em sociedade. Constituições traduzem essa atribuição – a “exigência ativista” – em direitos e liberdades que, no contexto de um regime de autodeterminação e autogoverno por intermédio dos direitos humanos e políticos, devem garantir autonomia política e privada. (FRANKENBERG, 2007, p. 99-100).

Se por um lado, esta narrativa não deixa de encerrar, em certo sentido, uma perspectiva triunfalista da constituição. Por outro lado, ela revela uma crença em modelo que revela a necessidade de uma exigência ativista, pautada na promoção dos espaços de autonomia, como alternativa eficaz para a construção das bases de identidade constitucional contemporaneamente.

#### 2.1.1.2. Constitucionalismo como “teoria normativa do político”

Antes, porém, de prosseguir no estudo de algumas categorias da teoria constitucional, convém tecer alguns esclarecimentos sobre o

sentido atribuído à noção de constitucionalismo, presente em diversos trechos deste trabalho.

A expressão *constitucionalismo* costuma ser utilizada em dois sentidos distintos, ora como um esforço de reconstrução histórica acerca do desenvolvimento das ideias políticas e dos mecanismos institucionais de limitação do exercício do poder; ora como uma ideologia mediante a qual se formulam teorias normativas de feição valorativa e prescritiva sobre a melhor forma de organização política.

Em relação ao primeiro uso, o constitucionalismo pode ser compreendido tanto de uma forma abrangente ao ponto de abarcar diferentes realidades político-culturais (envolvendo aquilo que se convencionou chamar de constituição dos antigos<sup>135</sup> e do medievo<sup>136</sup>), identificadas a partir da pretensão manifesta de “limitação do poder absoluto exercido pelos detentores do poder” e do esforço em “estabelecer uma justificação espiritual, moral ou ética do exercício da autoridade pública” (LOEWENSTEIN, 1976, p. 150)<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup> Maurizio Fioravanti (2001, p. 30-31) defende que o conceito de constituição dos antigos constrói-se nos termos de um “grande projeto de conciliação social e política” (2001, p. 30). Para compreender a forma como se constitui esta concepção de *Politéia*, segundo o autor, é importante desvendar o papel constitutivo desempenhado pela tensão entre *stásis* (conflito social e político animado por um espírito de facção) e *eunomia* (justa ordenação da comunidade), fundamentais às construções aristotélica e platônica, que se reproduz no ambiente romano. Nestes termos, o principal inimigo da constituição dos antigos é o tirano, justamente porque divide a comunidade, colocando-se a frente de uma das partes que se converte, assim, em facção; rompendo com a aspiração à medida, à ordem e à pacificação. Finaliza o autor, referindo-se que o legado dos antigos sobre a temática se consubstancia na formulação de uma grande ideia: “que una comunidad política tiene una forma ordenada y duradera, en concreto una constitución, si no está dominada unilateralmente por un principio político absolutamente preferente; si las partes que la componen tienen la capacidad de disciplinarse; si, en definitiva, su vida concreta no es mero desarrollo de las aspiraciones de los vencedores. (FIORAVANTI, 2001, p. 31)

<sup>136</sup> A ideia de “constituição mista” (*potestas temperata*), em franca diferenciação à ideia dos antigos, se reveste da função de “defender o caráter de fato plural e composto da sociedade e dos poderes expressos nela [na constituição mista]”, a constituição do medievo teme justamente o nascimento de um poder político que rompa com este equilíbrio e que se sinta legitimado a alimentar, sem medida, suas pretensões de domínio sobre os demais. (FIORAVANTI, 2001, p. 56) É possível identificar, com o autor, as seguintes características gerais da constituição medieval: (i) a limitação intrínseca dos poderes públicos (todos os poderes, independentemente de seu âmbito de influência e de legitimação, compartilham a falta de aspiração de exercício de poderes soberanos) (2001, p. 35); (ii) o discurso sobre a constituição é dirigido à defesa e à tutela de uma ordem jurídica dada (sobre a caracterização da tirania como desvio de governo, sobre o direito de resistência e sobre a existência de leis fundamentais) (2001, p. 36); e (iii) o discurso sobre a constituição transita do campo político e moral para adentrar no mundo do direito (por isto que falar em constituição, no medievo, implica falar de regras, limites, de pactos e contratos e de equilíbrio) (2001, p. 38).

<sup>137</sup> Em sentido semelhante, circunscrito à tradição de matriz anglo-saxônica, encontra-se o texto clássico de Charles McIlwain (1991), para quem, os traços constitutivos do constitucionalismo

Nestes termos, seria possível demarcar o *constitucionalismo moderno* a partir de alguns de seus elementos identificadores, quais sejam: (i) a aspiração a uma constituição escrita (que contenha uma série de normas jurídicas organicamente relacionadas entre si); (ii) o fundamento de legitimidade deste texto constitucional que conjuga tanto elementos substantivos (conteúdo de suas normas que impõem um predicativo de justa ordenação), quanto formais (as normas emanam da vontade soberana do povo); e (iii) a função garantística da constituição, a qual, para além da pretensão de impedir um governo arbitrário, é concebida como instrumento de proteção dos cidadãos. (MATTEUCI, 1998, p. 25-26). Ao se sublinhar o caráter moderno do constitucionalismo, pretende-se designar um determinado movimento “político, social e cultural que, [...], questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de *domínio político*, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político”. (CANOTILHO, 1999, p. 48). No entanto, há quem defenda ainda que não há que se falar em constitucionalismo senão em relação ao momento histórico que coincide com a modernidade, já que esta expressão reflete uma “[...] época histórica de um pensamento e ideal de Constituição pautado pela devoção ao seu texto, o qual consagraria a separação de poderes e os direitos do homem e do cidadão.”<sup>138</sup> (CUNHA, 2002, p. 75).

Considerando que o constitucionalismo refere-se, genericamente, a certos momentos de reflexão sobre a experiência político-jurídica relativa à organização do poder, a redução temporal não se afigura adequada, até mesmo porque não é possível confinar o constitucionalismo a um determinado período histórico. Ademais, sequer é possível identificar uma unidade<sup>139</sup> que articule coerentemente

---

antigo e sua transição para a ideia de constitucionalismo moderno são reconstruídos a partir da tensão entre *gubernaculum* e *jurisdictio* tão cara à tradição política inglesa. Segundo o autor “[...] en todas sus fases sucesivas, el constitucionalismo tiene una esencial cualidad: implica una limitación jurídica del gobierno; es la antítesis del gobierno arbitrario; es lo contrario del gobierno despótico, del gobierno del capricho en vez del derecho. [...] Las limitaciones constitucionales, si no la más importante parte de nuestro constitucionalismo, son, fuera de duda, la más antigua.” (McILWAIN, 1991, p. 37).

<sup>138</sup> Portanto, trata-se de um “desenho da geométrica arquitectura do novo contrato social, por isso mesmo positivado num texto escrito, necessariamente decorrente de uma soberania não radicada na transcendência, e garantidor, pela declaração dos direitos e pela distribuição dos poderes, da autonomia dos cidadãos face ao Príncipe e ao seu aparelho de coerção” (CUNHA, 2002, p. 103).

<sup>139</sup> Em que pese o esforço de Sanchez Agesta (1974, p. 77-80) em advertir que sob o ponto de vista da história política é possível identificar uma “unidade de processo histórico” que deveria ser construída a partir da articulação de uma variedade de ordens relativamente diversas, ainda

diferentes ideias políticas e sociais. Neste sentido, de acordo com a proposta de Nicola Matteucci (1998, p. 23), aqui subscrita, assume-se a possibilidade de que o constitucionalismo possa ser reconhecido como um “tipo ideal” compreendido como uma categoria analítica a partir da qual seria possível selecionar alguns elementos e aspectos particulares da experiência política, que permitiram crivar o material histórico e reconstruir (criativamente) as tramas de suas múltiplas narrativas. Nestes termos, em outra passagem, o mesmo autor refere-se ao reconhecimento do constitucionalismo como técnica de liberdade, a partir da qual:

[...] é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar. Se as técnicas variam de acordo com a época e as tradições de cada país, o ideal das liberdades do cidadão continua sendo sempre o fim último: é em função deste que se preordenam e organizam as técnicas. (MATTEUCCI, 1997, v. 1, p. 247-248).

Esta definição representa uma espécie de transição do conceito de constitucionalismo na sua acepção histórico-descritiva para a sua formulação enquanto ideologia, já que concebe a liberdade como um valor a partir do qual se pode avaliar as técnicas organizatórias das realidades empíricas em consideração.

Esta natureza valorativa constitui, em essência, a compreensão do *constitucionalismo enquanto ideologia*, já que se traduz como teoria normativa acerca da natureza finalística de que se deve revestir o exercício do poder. Conceber o constitucionalismo desta forma permite sejam desenhados atributos do poder os quais, quando presentes em determinadas realidades empíricas, permitiriam aferir o grau de legitimidade desta organização política concreta.

Desta forma, enquanto teoria, o constitucionalismo “ergue o princípio do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social da comunidade”, reforçando a noção de constitucionalismo moderno como “uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”. (CANOTILHO, 1999, p. 47). Esta dimensão normativa do

---

que vinculadas por uma reação dialética, é temerário propor uma reconstrução histórica posto que todo esforço de reconstrução afigura-se como uma visão, sempre parcial e contingente, sobre os fenômenos sob análise.

constitucionalismo, de acordo com a lição de Josep Aguiló (2004c, p. 107), opera um duplo efeito legitimador: de um lado, “situa o ‘reconhecimento’ dos direitos em posição de anterioridade em um sistema jurídico político” o que concorre para que os direitos desempenhem um “papel central na justificação da ação política e jurídica da comunidade de referência”; de outro lado, “recorre à forma constitucional (...) como garantia deste papel atribuído aos direitos”<sup>140</sup>. Sentencia, por fim, Canotilho (1999, p. 47) que, nestes termos, “o conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa do político*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo”.

## 2.2. TEMÁTICAS CENTRAIS DA TEORIA CONSTITUCIONAL COMO PROBLEMATIZAÇÃO DAS DIMENSÕES CONSTITUTIVAS DO MODELO DE “ESTADO TERRITORIAL SOBERANO”

Como mencionado no item anterior, o conceito ideal de constituição, difundido pelo ideal revolucionário francês, tem o seu conteúdo material mínimo frequentemente associado à “garantia de direitos” e à definição das regras de “separação de poderes”<sup>141</sup>. Estas ideias nucleares (incorporadas ao constitucionalismo enquanto ideologia) resultam na identificação do *telos* de toda a constituição como sendo a “criação de instituições para limitar e controlar o poder político”, em um duplo sentido, tanto para “liberar os destinatários do poder do controle absoluto dos governantes”, quanto para “assegurar-lhes mecanismos de participação no processo político” (LOEWENSTEIN, 1976, p. 150-151). Em outras palavras, no âmbito da tradição de matiz anglo-saxônica, a veiculação destes elementos nucleares traduz-se no reconhecimento de três características essenciais, quais sejam, a “limitação dos poderes governamentais, a adesão à

---

<sup>140</sup> Tradução livre de trechos de: “1. Sitúa el “reconocimiento” de los derechos a frente de la legitimidad de un sistema jurídico político; lo que supone que el respecto a los derechos desempeña un papel central en la justificación de la acción política y jurídica de la comunidad de referencia; y 2. recurre a la forma constitucional – entendida como opuesta a la forma legal ordinaria – como garantía de ese papel atribuido a los derechos”. (AGUILÓ, 2004c, p. 107)

<sup>141</sup> Estas ideias tornaram-se célebres com a redação dada pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, veiculada nos seguintes termos: “Art. 16. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

cláusula de *rule of law* e a proteção dos direitos fundamentais” (ROSENFELD, 2001, p. 1307).

Este item tem por objetivo associar as principais temáticas tratadas no âmbito da teoria constitucional como problematizações que se apresentam como desdobramentos das dimensões da soberania. Portanto, o que se pretende é revelar os estreitos vínculos identificáveis entre a teoria da constituição e as bases institucionais de formação do estado soberano.

A seção 2.2.1 se ocupa em tratar sobre a dimensão da autoridade, ou seja, sobre como a teoria constitucional acomodou o problema da justificação da centralização hierárquica do poder de decidir no estado soberano.

As seções 2.2.2 (constituição como organização do poder) e 2.2.3 (constituição como organização das liberdades) pretendem identificar os traços constitutivos das duas funções basilares atribuídas às constituições modernas (de integridade e de integração). Os títulos das seções refletem os elementos básicos veiculados pela ideia de organização do poder e das liberdades de Nicola Matteucci (1998) e o seu teor abarca aquilo que Gunther Frankenberg (2007) mais recentemente vai denominar de arquitetura das constituições modernas. Este conjunto de normas de organização coimplicadas permite que se atribua uma dupla dimensão à constituição, tanto constitutiva (cria órgãos e procedimentos), quanto valorativa (reconhece valores e fins da comunidade política), dimensões estas que conferem determinados sentidos às formas de ação políticas criadas a partir da própria constituição (AGUILÓ, 2004a, p. 44-46).

Por fim, a seção 2.2.4 trata do papel desempenhado pela constituição em construir identidades, em relação à teoria constitucional, esta função está associada à perspectiva de inclusão veiculada através das chamadas cláusulas de abertura material do texto constitucional, mediante as quais, os textos constitucionais representam o ponto de encontro de múltiplas demandas por reconhecimento.

### **2.2.1. Poder constituinte e a criação *ex nihilo*: o vínculo entre constituição e soberania**

Esta seção destina-se a entrelaçar o debate em torno da soberania (na sua concepção jurídica) e a teoria do poder constituinte. A ideia central consiste justamente em estabelecer as bases para a compreensão

como a consolidação da centralização hierárquica em torno da ideia de soberania se confunde com as formulações teóricas veiculadas através da doutrina do poder constituinte.

A teoria do poder constituinte, tal qual formulada por Sieyès, configura uma das “maiores novidades político-constitucionais da época moderna”<sup>142</sup> (ZAGREBELSKY, 2005, p. 26). É a partir de sua formulação que se opera uma espécie de “substituição da ideia rousseauiana da vontade geral pelo poder constituinte”, permitindo a partir daí “um processo de identificação cada vez maior do direito com a lei e da Constituição com o Estado”<sup>143</sup> (LOIS, 2001, p. 83).

Esta ideia de ruptura se constrói, em oposição à tradição constitucional anglo-americana<sup>144</sup>, como uma forma de afirmação e de projeção de uma identidade (que existe somente enquanto ideia abstrata de “nação”), o que leva Gustavo Zagrebelsky (2005, p. 55) a denunciar que a teoria do poder constituinte nasce sem passado e sem futuro; sem passado, “por que nasce de uma ruptura”, sem futuro, “ou melhor com um futuro todo concentrado ou contraído na aceleração representada pelo ato constituinte”.

Por seu turno, como assinalado antes, o ato instituinte, como ato de pura força, reveste-se de caráter eminentemente criativo<sup>145</sup>, ao passo

---

<sup>142</sup> De acordo com J.J. Gomes Canotilho (1999, p. 53-54), “tornava-se indispensável uma *constituição*. Feita por quem? Surge, aqui, precisamente, uma das categorias mais ‘modernas’ do constitucionalismo – a categoria do poder constituinte – no sentido de um poder originário pertencente à Nação, o único que, de forma autônoma e independente, poderia criar a lei superior, isto é, a *constituição*.”

<sup>143</sup> Esta equação é apresentada por Cecília Lois (2001, p. 83-84), nos seguintes termos: (i) com a proposta de Sieyes, a “Constituição, que já tinha caráter de lei geral da política, assume o caráter de lei especial e superior, o que leva a definição da Constituição [por] critérios unicamente formais”; (ii) “por ser soberana, a nação é constituinte”; (iii) “o ato de elaborar a Constituição dá existência ao Estado”; e, por fim, (iv) “o Estado só é possível mediante o direito, e este só é eficaz quando o mesmo Estado sujeito a ele (ao direito) sua atividade”.

<sup>144</sup> Um dos principais traços distintivos da experiência francesa da americana consiste no desenvolvimento daquilo que Canotilho chama de “técnica americana de liberdade (*we the people*)” que se traduz em uma fórmula que articula o problema da soberania à capacidade de decisão, de forma que “a decisão constituinte do povo (que se insurge contra a tirania instalada na soberania do parlamento britânico), representa uma ‘manifestação-decisão do povo’, em um sentido diferente da Revolução Francesa” (CANOTILHO, 1999, p.90). No outro lado do Atlântico, como assinala Charles McIlwan (1991, p. 21), “não se pretendia tanto reinventar um soberano onipotente (a *Nação*), mas permitir ao corpo constituinte do povo fixar num texto escrito as regras disciplinadoras e domesticadoras do poder, oponíveis, se necessário, aos governantes que atuassem em violação da constituição, concebida como lei superior”.

<sup>145</sup> Sobre o caráter de criação *ex nihilo*, “[...] el poder constituyente es fijación, es absolutización de valores políticos, es puro deber ser, es comienzo *ex novo*, es elisión del pasado y reducción de todo futuro al presente, es inicialmente aceleración histórica inesperada y sucesivamente detención del movimiento, es expresión de un solo proyecto político,

que veicula, através da Constituição (o seu produto), a forma que a Nação imprime ao Estado. Desta forma, nas palavras de Simone Goyard-Fabre (1999, p. 109), “o Poder não pode manifestar-se como simples potência; só pode agir sob a autoridade da lei como norma soberana, situando sua ação em seu lugar certo na organização global da vida do Estado”. Portanto, na condição de regra jurídica, prossegue a autora, a Constituição “exprime a potência soberana da Nação e, canalizando-a, gerencia o Poder do Estado”.

Esta construção, nos termos da tentativa de definição dos contornos da teoria formal da constituição assinalados por Cecilia Lois (2001, p. 86), permite que a Constituição deixe de ser um instrumento cuja função precípua era identificada à “emancipação do indivíduo”, para converter-se em um “instrumento concreto de organização do Estado liberal emergente”. Esta redução permite que, no seio da teoria do poder constituinte, o debate em torno da legitimidade do exercício do poder seja enfrentado a partir de construções teórico-dogmáticas neutralizadas por fórmulas jurídicas dessubstancializadas. Estas fórmulas são (re)construídas discursivamente a partir da enunciação de “ficções legais”, fórmulas metafóricas como, *e.g.*, “caráter ilimitado, incondicionado e inicial do poder constituinte”<sup>146</sup>; “poder constituinte constituído”<sup>147</sup>; democracia dual<sup>148</sup>.

A diferenciação entre poder constituinte originário e derivado (constituído) demarca o espaço do exercício regular da política em oposição ao momento da exceção política (de ruptura e de grande

individualizado e incondicionado y por ello soberano, es predeterminación de los problemas y planificación de las soluciones”. (ZAGREBLESKY, 2005, p. 26)

<sup>146</sup> Cf. FERREIRA FILHO, 1999, p. 13-15. Ou mais especificamente: “Em primeiro lugar, o Poder Constituinte originário é um poder inicial; ele cria a ordem jurídica, não é criado pela ordem jurídica. [...] O Poder Constituinte originário é dito ilimitado, ou autônomo, ou soberano, conforme a preferência doutrinária. [...] O Poder Constituinte originário é incondicionado, porque pode manifestar-se dos mais diferentes modos, ou, por outras palavras, não tem um modo prefixado de manifestação” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 113).

<sup>147</sup> Para SIEYÈS (1997, p. 94): “Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte”. Para FERREIRA FILHO (1999, p. 109), “[...] o Poder Constituinte ao estabelecer a Constituição, em regra geral, estabelece um Poder Constituinte instituído, que é um poder de revisão, o poder de adaptar a Constituição a eventuais situações novas”.

<sup>148</sup> Bruce Ackerman e Carlos F. Rosenkrantz (1991, p. 16-19), ao introduzirem o conceito de dualismo democrático, afirmam que a democracia pode funcionar fundamentalmente de dois modos: pela ocorrência de “momentos constitucionais” (quando o povo, efetivamente, decide questões importantes para a comunidade política); e pela presença cotidiana dos “momentos correntes” (quando o governo, representante do povo, toma as decisões operacionalizadoras da vida democrática). As implicações dessa classificação são inúmeras, sendo talvez a mais importante a função do Poder Judiciário em controlar as decisões governamentais (“correntes”) que possam minar decisões populares anteriormente tomadas (durante os “momentos constitucionais”).

mobilização social). Esta diferenciação permite afirmar que a potência soberana instituinte permanece em estado de latência (dispersa nas “mãos” de seu titular) que é rompido em momentos episódicos, quando esta potência articula-se e irrompe destrutivamente (sempre através de um ato de violência real ou simbólica), como que um terremoto que libera as tensões acumuladas decorrentes do atrito contínuo das placas tectônicas nos subterrâneos da litosfera.

A teoria do poder constituinte vem sofrendo inúmeras reformulações que visam a dar resposta a tensões e problemas surgidos da tentativa de articular a tensão constitutiva entre poder e direito, entre movimento e estabilidade, entre ordem e desordem. Estas tensões acabam por exigir esforços constantes de reconstrução teórica e colocam em questão o problema da capacidade de decisão do Estado (*quem é o titular do poder constituinte?*), o problema dos limites substantivos que lhe são oponíveis (*o poder constituinte pode ser limitado?*), o problema da estabilidade e continuidade no tempo (*é legítima a imposição de limites materiais às gerações futuras?*) e o problema dramático do multiculturalismo nas sociedades complexas (*quem são os membros da comunidade política?*). Neste tópico, serão brevemente sumarizadas as três primeiras questões, enquanto que o problema do multiculturalismo será especificamente enfrentado no capítulo 5.

A primeira questão, concernente à *titularidade do poder constituinte*, em grande parte, se confunde com os debates sobre o titular da soberania (nação, poder, monarca) e opera como fator de legitimação para o exercício das faculdades soberanas de “dotar” o Poder de uma constituição. Estes diferentes discursos reúnem tanto esforços de reconstrução abstrata formulados no seio de teorias normativas do político sobre a qualidade e a forma do exercício do poder constituinte (particularmente caros à teoria constitucional); quanto por abordagens de caráter realista que pretendem, a um só tempo, denunciar e desconstruir estes discursos de legitimação, para, então, edificar categorias teóricas revestidas da pretensão de levar a sério a máxima da efetividade<sup>149</sup>. Afinal de contas, a única forma de eliminar qualquer fundamento metafísico de fundamentação do poder acaba resultando,

---

<sup>149</sup> Nesse sentido, a crítica de Alessandro Pace: “Titulares del poder constituyente pueden ser, en efecto, también el monarca, una facción, o una elite dirigente, uno o más partidos políticos. Al contrario, es realista admitir que la función desempeñada por el pueblo en el proceso constituyente es sobre todo de *legitimación* de los actos del detentador del poder constituyente. Además, incluso en el caso que el pueblo parecería ejercitar el poder constituyente (es decir, cuando elige una asamblea constituyente), en realidad no hace más que librar un cheque en blanco” (PACE, 1997, p. 22-23).

inexoravelmente, no recurso a algum elemento de efetividade (positividade) (SOLON, 1997). Os esforços contemporâneos em torno da ideia de titularidade do poder constituinte caminham no sentido de reconhecer o povo (ou os povos<sup>150</sup>) como uma “grandeza pluralista”.

A segunda questão, pertinente à ausência de *limites ou condicionantes jurídicos ao exercício do poder constituinte*, significa postular a inexistência de quaisquer regras jurídicas oponíveis normativamente às forças políticas revestidas do “manto alegórico” do poder constituinte. Esta construção teórica, nuclear à formulação de Sieyès, é fruto histórico do constitucionalismo revolucionário, o qual se insurge contra a opressão da “soberania do Parlamento” (no caso dos americanos) e contra a legitimidade dos Estados gerais que repousa na ideia de composição orgânica do poder edificada sob os auspícios das leis fundamentais do Reino (no caso francês).

A tensão entre o passado (do qual se aparta) e o futuro que se inicia com o presente, no seio da teoria do poder constituinte, é pretensamente resolvida através de uma diferenciação artificial entre ilimitação jurídica e limitação material do exercício do poder constituinte. De um lado, o ato instituinte representa uma ruptura com a ordem jurídica anterior (portanto, uma ilegalidade sob o ponto de vista da ordem sucumbente), por outro, a condição de validade da ordem por ele pretensamente veiculada depende, na formulação kelseniana, de um mínimo de efetividade global da ordem jurídica que se impõe<sup>151</sup>, ou seja, depende de um elemento de realidade (seu efetivo funcionamento e sua aceitação pelos seus destinatários). A consequência daí resultante é que o âmbito de decisão do Poder Constituinte está material (e abstratamente) limitado por um conjunto de expectativas da comunidade política, sua destinatária.

Em que pese o êxito desta formulação, a mesma não vem resistindo à crítica, justamente por sua artificialidade. Discutir a existência (ou não) de limites jurídicos e políticos quanto ao exercício do poder constituinte remete à questão difícil acerca do conteúdo e da própria legitimidade da constituição. Em geral, inúmeros esforços vêm

---

<sup>150</sup> Experiência dos Estados multinacionais (Bolívia, Espanha e Canadá) e, em especial, dos debates acerca da ausência (ou mesmo possibilidade) de poder constituinte na Europa.

<sup>151</sup> É importante deixar claro que, de acordo com Kelsen (1998; 2005; 2010), os sistemas jurídicos interno e internacional possuem a mesma norma fundamental (adoção do monismo), o que significa dizer que uma das funções do direito internacional consiste em demarcar o âmbito de validade material do próprio Sistema jurídico estatal. Destas considerações, pode-se afirmar, seguramente, que o exercício do poder constituinte pela autoridade estatal encontra-se não somente material, mas igualmente limitado pelo conjunto de obrigações internacionais oponível ao Estado.

sendo feitos no sentido de conferir uma espécie de “jurisdicização” dos condicionamentos do poder constituinte, que se expressa, a partir de dois movimentos convergentes: limites impostos pelo direito internacional (perspectiva externa)<sup>152</sup> e limites imanentes consecutórios do reconhecimento de uma dimensão evolutiva da tradição constitucional (perspectiva interna)<sup>153</sup>. Esta ideia remete à noção de abertura material da constituição, como se verá adiante.

A terceira questão, ligada ao problema dos *limites ao poder de reforma e à mutação constitucional*, constitui igualmente um elemento vital à formulação da teoria do poder constituinte e remonta à obra seminal de Sieyès. Trata-se de enfrentar o problema de estabilização da ordem constitucional que se impõe e os desafios relacionados à sua inexorável sujeição ao influxo do tempo. Como já anteriormente salientado, uma das formas recorrentes de identificar a constituição consiste na atribuição de características formais, as quais, presentes, permitiriam reconhecer a existência de um texto constitucional (independentemente do teor de suas prescrições materiais): nestes termos, um dos elementos identificadores da constituição consiste justamente na identificação de um procedimento dificultoso para sua modificação (constituição rígida). Esta formulação decorre diretamente dos desdobramentos da teoria do poder constituinte.

De acordo com a síntese formulada por Alessandro Pace (1997, p. 29), as funções tradicionalmente desempenhadas pelas cláusulas de rigidez constitucional consistem em: (i) evitar a “fragilidade política”

---

<sup>152</sup> Normas preceptivas cogentes (*jus cogens*), obrigações oponíveis erga omnes e o costume internacional se impõem independentemente da demonstração da adesão “voluntária” dos Estados.

<sup>153</sup> De acordo com esta perspectiva, o direito e o poder constituinte não surgem em um vácuo histórico-cultural (CANOTILHO, 1999, p. 90). Pensar a questão dos limites ao poder constituinte como pura força, portanto, ilimitado, resultaria na visão de Ernest W Böckenförde (2000a, p. 180) de um duplo equívoco: porque se assenta em uma cosmovisão com pretensão de universalidade (própria do jusnaturalismo) e porque se ancora na compreensão da vontade instituinte como normativamente vazia de sentido (portanto, só limitável externamente a ele). Para o autor, a vontade e as concepções de poder constituinte em uma dada situação não podem ser reduzidas nem a questão de caráter meramente fático, nem a questão de pura vontade (vazias de ética e de moral), do contrário, “se encuentran determinadas también por ideas espirituales sobre el orden, por concepciones y principios éticos y morales, por impulsos políticos que están presentes y vivos en el pueblo o en la Nación” (2000a, p. 180). Finaliza ainda o autor: “Lo que importa pues es que, cuando el pueblo entra en acción como poder constituyente, haya en él una conciencia jurídica viva, existan ideas operativas sobre el orden y una voluntad ético-política de configuración, o, dicho más brevemente, que sea portador de un “espíritu” que pueda articular-se en instituciones, reglas y procedimientos y que se configure de hecho así. Si no ocurre esto, entonces ningún postulado, por muy bien fundado que esté, podrá establecer la validez o la vigencia de algo que no está en el pueblo o en la nación como espíritu propio”. (2000a, p. 180).

decorrente de uma “absoluta imodificabilidade das normas constitucionais” (a chamada petrificação da constituição); (ii) garantir, por outro lado, “uma relativa estabilidade das regras da constituição escrita”; e (iii) respeitar o princípio segundo o qual “cada geração deve ser capaz de afrontar todas as decisões que lhe exijam as circunstâncias de seu tempo”. A regulação do procedimento de reforma, ao mesmo tempo em que representa um reconhecimento da falibilidade do texto constitucional (rompendo em certo sentido a idealização jusnaturalista em torno da possibilidade de identificação da *ratio scripta* e de um esforço de “sacralização do texto constitucional”), resulta de uma necessidade pragmática percebida pelo “constituente” Sieyès, afeito à dinâmica dos debates parlamentares. Na sua formulação originária, a capacidade de fixar limites ao poder constituído<sup>154</sup> decorre da inexistência de quaisquer vínculos jurídicos oponíveis à vontade constituinte.

Contra esta absoluta liberdade, as discussões gravitam sobre duas problematizações recorrentes: quais seriam as formas mais legítimas de inclusão da participação popular no processo de decisão instituinte? (*referendo popular? emendas populares? grau de dificuldade do processo de revisão? assembleia constituinte exclusiva?*); e qual o fundamento de legitimidade democrática que justifica a limitação do poder de reforma<sup>155</sup>? (*são oponíveis limites inter-geracionais?*).

É possível enfrentar esta última questão a partir de múltiplas perspectivas: (i) do recurso a um esforço de uma espécie de hierarquização entre gerações (entre épocas distintas) que se sustentam a

---

<sup>154</sup> A dogmática constitucional tem denominado de “limites procedimentais” (ou formais) aqueles que dizem respeito ao trâmite (requisitos e procedimentos) a ser seguido para que o Texto Constitucional possa ser alterado; as limitações denominadas “circunstanciais”, por sua vez, são aquelas que obstam a alteração da Constituição quando sob determinadas circunstâncias, como sob a vigência de estado de sítio (no caso brasileiro, art. 60, §1º, CF/88); as “limitações temporais”, mais raras do que as demais, são aquelas cláusulas que impedem a manifestação do poder constituinte derivado por determinado período que se segue à promulgação do trabalho do poder constituinte originário; por fim, assumindo especial destaque e suscitando maior polêmica, surgem as “limitações materiais”, vale dizer, temáticas, assuntos, matérias que são imunes à competência do constituinte derivado, representando uma fatia imutável das opções tomadas pelo constituinte originário.

<sup>155</sup> Não se trata somente das cláusulas estabelecedoras de limitações expressas (formais ou procedimentais, temporais, circunstanciais), dentre as quais as materiais (cláusulas pétreas) assumem especial destaque. Com efeito, igualmente relevante afigura-se o debate referente aos chamados limites implícitos ao poder de reforma, em especial, no que se refere à chamada dupla reforma, ou seja, à discussão sobre a possibilidade de alteração do procedimento de edição de emendas constitucionais. A questão divide os constitucionalistas, é possível encontrar tanto posicionamentos favoráveis à dupla reforma (FERREIRA FILHO, 1999; TEMER, 2007), quanto contrários (BONAVIDES, 2007; SILVA, V., 2004; VEGA, 1988).

partir da difusão da convicção em torno da “excepcionalidade do momento constituinte e de seu caráter epocal e, portanto, não facilmente repetível” (ZAGREBELSKY, 2005, p. 46)<sup>156</sup>; (ii) do recurso ao argumento de não-contradição prática segundo o qual “não se pode expressar adesão voluntária à decisão de renúncia ao direito de concordar voluntariamente”, desta forma, ante o paradoxo democrático, a aceitação dos limites anteriores decorre da percepção de que, do contrário, estar-se-ia diante do risco do suicídio político (HOLMES, 1993, p. 239); (iii) do esforço em reconhecer uma terceira dimensão para além do embate democracia/constitucionalismo, que busca por em evidência sua feição utilitarista como uma terceira dimensão (não revelada explicitamente nos debates sobre o tema), segundo a qual a limitação inter-geracional decorre da preocupação em estabelecer mecanismos institucionais que assegurem um processo decisório eficaz (ELSTER, 2000)<sup>157</sup>.

Estes esforços põem em evidência que a questão em torno da mutação constitucional, quando confrontada com seu fundamento de legitimidade, não pode ser resolvida nem com base em análises autorreferentes ao próprio texto constitucional (como técnica), nem com referência à ideia de “decisão constituinte”, porque o enfrentamento da legitimidade desta tensão inter-geracional (entre tradição e inovação) não se resolve a partir de reducionismos, nem de índole normativista (pura norma), nem de índole voluntarista (pura decisão). Neste sentido, desvela-se a necessidade de enfrentamento dos vínculos estruturais que ligam a constituição à sua realidade circundante e que a reconhecem como fruto de discursos institucionais sobre o sentido dos limites impostos pela constituição. Em certo sentido, este problema leva a certa diluição da própria diferença anteriormente formulada entre poder constituinte originário e derivado (“constituição vivente”<sup>158</sup>); e abre caminho para a reflexão em torno do destinatário da constituição.

---

<sup>156</sup> Ocorre que esta diferenciação não é suficiente por si mesma, até mesmo porque a efetiva mobilização da sociedade por ocasião da instauração da “nova ordem” resulta mais das reconstruções simbólico-discursivas sobre a origem (mito fundacional), do que de um efetivo processo de envolvimento da comunidade política. Em última instância, a própria ideia de poder constituinte só pode ser eficazmente formulada a partir de algum instrumento de representação política, ou seja, o “povo” (titular do poder) nunca exerce diretamente seu atributo (salvo quando é chamado a cancelar o produto acabado mediante o referendo). O povo, enfim, é sempre custodiado por seus representantes.

<sup>157</sup> Com este desiderato, Jon Elster recorre à alegoria do estrategema utilizado por Ulisses para resistir ileso, com sua tripulação, através da ilha das sereias, sem sucumbir ao seu canto irresistível aos mortais.

<sup>158</sup> De acordo com Peter Häberle (2000), a teoria da Constituição entendida como ciência da cultura converte-se em uma teoria da Constituição vivente (*lebende Verfassung*), fator de

## 2.2.2. Constituição como organização do poder (constituição como fator de integridade)

Esta seção tem por objetivo identificar de que forma os discursos constitucionais em torno da ideia de organização do poder se constroem a partir de bases territoriais e têm o condão de fornecer as bases normativas de justificação do modelo de organização espacial veiculado através do princípio da territorialidade discutido no capítulo anterior.

Desta feita, a dimensão organizativa da constituição envolve os discursos sobre a capacidade normativa do Poder e permitem a identificação dos critérios que pretendem “conformar” as realidades institucionais. A luz do que Simone Goyard-Fabre (1999, p. 95) chamou de “princípio da constitucionalidade” é possível reunir um conjunto de normas que pretendem “conformar” a comunidade política e que veiculam tanto a (i) *ideia de estatuto orgânico do Estado*, quanto a (ii) *ideia de hierarquia das normas*.

A partir dos elementos até aqui apresentados, a ideia de (i) *estatuto orgânico do poder* remonta à tradição do constitucionalismo britânico e assenta-se nas formulações que, a partir de Montesquieu<sup>159</sup>, serão concebidas a partir da doutrina da separação de poderes<sup>160</sup> e do aprimoramento dos mecanismos institucionais de *check and balances*. De acordo com a lição de Gunther Frankenberg (2007, p. 103-104), tais normas de organização estatal e política responderiam por “questões de inteligência política e do risco político de *management*”. Formular a questão das normas organizacionais a partir desta perspectiva permitiria, para o autor, superar a oposição que é classicamente formulada entre normas organizacionais e normas definidoras de direitos, já que a

---

integração política e resultado (produto diário) das diferentes atuações políticas (institucionalizadas e ou difusamente apresentadas pela sociedade civil através dos diferentes veículos de esfera pública) em conformidade com a cultura política local, que, a cada dia, se conecta de forma mais íntima, em um movimento contínuo de recepção e de envio, com as experiências culturais ocidentais, e, numa escala ampliada, em uma postura de abertura dialógica, com as diferentes culturas mundiais.

<sup>159</sup> Por oportuno, vale a pena chamar a atenção para o fato de que, segundo Simone Goyard-Fabre (1999, p. 104), seria demasiadamente apressado ler na obra de Montesquieu uma autêntica “teoria da separação de poderes”: e acordo com a autora, a sua construção teórica se coaduna com a defesa de uma “não-confusão” entre os órgãos governamentais, “o que implica ao mesmo tempo distinção orgânica e colaboração funcional deles”.

<sup>160</sup> Sobre a ênfase no caráter dinâmico da máxima de separação de poderes e, por conseguinte, pela existência de uma pluralidade de sentidos semânticos que podem lhe ser atribuídos, cf. Cecilia Lois *et alli* (2009).

experiência constitucional ocidental fornece evidências suficientes para demonstrar que a “organização da formação política de vontade e decisão” influencia diretamente “o significado prático de direitos de defesa, participação e colaboração”. Sob este ponto de vista, poder-se-ia sobrelevar o aspecto da articulação institucional do poder e as exigências de ativismo político de diferentes segmentos da comunidade política, aproximando a teoria constitucional das discussões de engenharia constitucional tão caras à ciência política. O ponto nodal, portanto, consiste justamente em evitar neutralizar a dimensão política, que subjaz latente à constituição, mediante fórmulas vazias de sentido semântico pré-definido.

Paralelamente a isto, ainda em relação à dimensão organizativa do Estado, recorre-se à ideia de (ii) *hierarquia das normas* a partir da qual a constituição passa a ser reconhecida como o ponto de imputação de onde deriva o atributo de validade de todas as normas jurídicas em determinado Estado e que permite a possibilidade de postulação do princípio da coerência e unidade sistemática do direito.

Em que pese esta construção teórica simbolizada na célebre imagem da “pirâmide jurídica” remontar ao gênio sistematizador de Kelsen<sup>161</sup>, a noção de hierarquização normativa é inerente às formulações teóricas em torno do princípio de supremacia constitucional<sup>162</sup>. Desta forma, reconhecer isto tem como corolário perceber que a “lógica constitucional não é apenas organizadora; é também criadora, de modo que o processo dedutivo significa que há no Estado uma autogeração das normas do direito”. (GOYARD-FABRE,

---

<sup>161</sup> De acordo com o autor, a dinâmica jurídica deve se ocupar da compreensão do processo de autorreprodução do direito e da identificação dos critérios para aferição da pertinência das normas a determinado ordenamento jurídico. A observância das regras para a produção do direito (previstas em norma de escalão superior), seria possível imputar o atributo de validade à norma jurídica considerada.

<sup>162</sup> Neste sentido, oportuno reproduzir a ideia de supremacia constitucional celebrizada pela formulação do Justice John Marshall, em 1803, quando da decisão da controvérsia entre William Marbury e James Madison, pautando-se na seção II, do art. 6º, da Constituição Americana, segundo a qual, “Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos ditadas em virtude dela e todos os tratados celebrados ou que se celebrarem sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; e os juízes em cada Estado estarão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição e nas leis de qualquer dos Estados”, pela primeira vez na história constitucional dos EUA, declarou inconstitucional um ato legislativo. Segundo afirmou em sua sentença o juiz Marshall: “É de todo evidente [...] que ou a Constituição prepondera sobre os atos legislativos que com ela contrastam ou o poder legislativo pode mudar a Constituição através de lei ordinária. Não há meio termo entre estas duas alternativas. Ou a Constituição é uma lei fundamental, superior e não mutável pelos meios ordinários, ou ela é colocada no mesmo nível dos atos legislativos ordinários e, como estes, pode ser alterada ao gosto do poder legislativo” (*apud* CAPPELLETTI, 1999, p. 47-48).

1999, p. 106). Enquanto “norma primária sobre a produção jurídica”, a Constituição reveste-se de três importantes funções: identifica as *fontes do direito* em dado ordenamento; estabelece os critérios de *validade* e *eficácia* de cada uma das fontes; e, determina a *competência* das entidades que revelam normas de direito positivo. (CANOTILHO, 1999, p. 643).

Mais especificamente em relação a este último elemento destacado pelo jurista português, enfrenta-se um aspecto muito importante para esta pesquisa, qual seja: a ideia de que a constituição veicula *regras de colisão* no sentido de demarcar os critérios para a fixação de competências. Esta demarcação é ainda mais relevante quando a constituição pretende “coordenar” sistemas jurídicos multinivelados, como é o caso, originariamente, dos estados federados. Em razão deste papel diretivo atribuído ao texto constitucional, em especial ao longo do século XX, os tribunais constitucionais convertem-se, enquanto intérpretes do seu texto, em principal instância de arbitramento de tensões constitucionais. Isto é assim porque os próprios tribunais que, imbuídos do propósito de salvaguarda da supremacia constitucional, definem de maneira inapelável os limites de sua própria competência (*Kompetenz-Kompetenz*), e, mediante este artifício, os tribunais demarcam os limites de interferência no espaço político com base na autopercepção acerca do papel institucional por si assumido<sup>163</sup>. No cenário de transição e de crise do paradigma de estado territorial soberano, a insurgência de múltiplos processos de interação e de regimes diferenciados de regulação vem fazendo nascer conflitos (e inúmeras disputas) entre os discursos de legitimação de diferentes autoridades que arvoram para si a competência para decidir sobre determinadas questões<sup>164</sup>.

### **2.2.3. Constituição como organização das liberdades (como fator de integração)**

A gramática dos direitos fundamentais, desenvolvida no âmbito do constitucionalismo moderno, em complemento à racionalidade instrumental insurgente no início do processo de consolidação do estado

---

<sup>163</sup> Demarcando o sentido jurisprudencial atribuível à chamada doutrina das questões políticas (*political question*) (TEIXEIRA, 2005), ou ainda, em outras palavras, na delimitação do “espaço vazio de jurisdição” (SAMPAIO, 2002, p. 329-345).

<sup>164</sup> Questão a ser enfrentada no Capítulo 4.

territorial soberano, opera um processo de ressubstancialização do fundamento de legitimidade do direito, representando o conjunto de elementos reconhecidos como valiosos e, como tal, mercedores de serem protegidos e promovidos pelo Estado (AGUILÓ, 2004a, p. 44-45). Esta dimensão valorativa da constituição envolve as normas que (iii) versam sobre *a justa ordenação na comunidade* (através da previsão de garantias de bloqueio e critérios para distribuição) e (iv) *definem a pauta de valores de legitimação do sistema constitucional* (permitindo a identificação de ideologias constitucionais e de demandas por reconhecimento). (FRANKENBERG, 2007, p. 102-105)<sup>165</sup>.

Tais normas, de alguma forma, exprimem o debate que se inicia em solo britânico (Constituição sem forma constitucional) e resulta na diferenciação entre *ter uma constituição* e *estar em forma constitucional*<sup>166/167</sup>. Assim, o sentido de dotar-se de uma constituição traduz-se no ideal de refundação da comunidade política e incorporando, na visão de Josep Aguiló (2004a, p. 46-47), um sobrelevado potencial de crítica decorrente de uma dupla suposição: de que o *reconhecimento de valores* supõe que estes são anteriores às formas de ação criadas pela Constituição e, por sua vez, a ideia de *reconhecimento de fins* supõe que estes igualmente lhe são externos.

Em relação às normas que versam (iii) sobre *a justa ordenação na comunidade*, as mesmas reúnem o conjunto de direitos e garantias reconhecidos aos indivíduos e grupos e envolvem, no plano da fundamentação ética, os aspectos relacionados à justa representação, à justa distribuição de bens, ao justo reconhecimento e ao justo tratamento

---

<sup>165</sup> Esta tipologia foi fortemente influenciada pela identificação dos elementos constitutivos da arquitetura das constituições modernas de Gunther Frankenberg (2007) que identifica os elementos da seguinte forma: um conjunto de questões que são enfrentadas pelos diferentes documentos constitucionais concernentes: (i) questões de justiça e com a equitativa divisão de liberdades e bens públicos; (ii) pauta de valores compartilhados; (iii) regras organizacionais; e (iv) questão da validade e transição ordenada das constituições. Neste trabalho, a questão relativa às metanormas constitucionais será tratada separadamente, posto que é a partir delas que é possível identificar claramente, no âmbito da teoria constitucional, as questões concernentes à demarcação das fronteiras jurídicas e na identificação da constituição como elemento demarcador do espaço jurídico interno do externo.

<sup>166</sup> Neste sentido, cf. interessante apanhado acerca das diferentes matizações em que a oposição entre *ter* e *estar* em constituição é enfocada por Pablo Lucas Verdú (1994, p. 37-45).

<sup>167</sup> Ao distinguir o ponto de vista *jurídico* de uma abordagem *culturalmente mais ampla* que se ocupe do *ter* ou *estar* em constituição, HÄBERLE (1998, p. 46-48) adentra o debate acerca da concepção formal e material da constituição a partir do momento em que insere os elementos materiais na investigação teórico-científica. Esta discussão ecoa com proficuidade, há algum tempo, em solo continental, suscitando profundas reflexões face à entronização da preocupação em, através de uma teoria científica da constituição, inserir a realidade histórico-cultural nos textos normativos ao longo dos processos de atualização constitucional. Cf. subseção 1.1.2.1).

(WALKER, 2002b, p. 213). E, no plano jurídico, formulam-se através de regras jurídicas convencionalmente estipuladas (sobretudo pelo Estado) mediante estruturas normativas que têm por parâmetro nuclear o direito constitucional estatal<sup>168</sup>.

De acordo com o constitucionalismo liberal, tais questões representam o coração dos programas constitucionais correspondentes (LOIS, 2001), bem como “caracterizam-se por uma proximidade especial à moral e podem ser consideradas preferencialmente como ‘pontos de rompimento’ de doutrinas e conhecimentos filosóficos.” (FRANKENBERG, 2000, p. 221). Assim, “o reconhecimento de direitos, no constitucionalismo, situa-se frente ao problema da legitimidade do sistema político e jurídico. Isto lhes confere [aos direitos] um papel central de fundamentação ou justificação.”<sup>169</sup> (AGUILÓ, 2004c, p. 111).

Por fim, quanto às normas que (iv) *definem a pauta de valores de legitimação do sistema constitucional*, este conjunto normativo reflete aquilo que Pablo Lucas Verdú (1976, p. 83), recuperando a teoria da integração smendiana, define como a “fórmula política” da constituição<sup>170</sup>, cuja dimensão política, segundo defende o juspublicista espanhol, deve ser recuperada ante a encruzilhada que se apresenta à constituição (LUCAS VERDÚ, 1994). Portanto, esta pauta de valores,

---

<sup>168</sup> “Na tradição do liberalismo são regulamentadas questões de justiça, preferencialmente, por normas constitucionais que colocam indivíduos e associações em relação entre si e com os poderes estatais, por meio da atribuição de um status jurídico-constitucional, a demarcação de esferas de ação livre de intervenção e a garantia de possibilidades de ação com auxílio de direitos e princípios (fundamentais). Direitos fundamentais – apesar das críticas quanto à sua indeterminação, seu conteúdo ideológico e suas conotações individualistas de posse – revelaram-se peça central normativa e ideológica das Constituições modernas” (FRANKENBERG, 2000, p. 102).

<sup>169</sup> O que pode, porém, fundamentar estes direitos? Segundo o Josep Aguiló (2004c, p. 111-112), claramente duas coisas: “En *primero lugar*, los derechos valen para fundamentar la obligación política. Es decir, sirven para establecer bajo qué condiciones el individuo de una comunidad política está obligado a obedecer (cumplir) las normas que esa misma comunidad se ha dado o reconocido. El poder político fundado en los derechos es poder político legítimo. (...) [Los derechos] sirven para fundamentar los límites del poder político, es decir, lo que el poder político puede y no puede ordenar legítimamente. En este sentido, el constitucionalismo en cuanto una teoría de la justicia. Este doble papel de fundamentación que los derechos cumplen tanto de la obligación política como de sus límites están en el centro de las discusiones del constitucionalismo, generan en su interior una suerte de tensión ineliminable y no son otra cosa que una especificación del *ex parte principis/ex parte populi*.”

<sup>170</sup> O conceito de fórmula política é expresso, pelo autor, nos seguintes termos: “a expressão ideológica juridicamente organizada en una estructura social”. Sua intenção consiste em pôr em relação diferentes elementos que interagem dinamicamente no interior do sistema constitucional, quais sejam: a cobertura (*techo*) ideológica, a finalidade da constituição (condicionando materialmente a interpretação constitucional) e, por fim, a estrutura social subjacente.

diferentemente de uma concepção individualista ínsita à gramática dos direitos, permite a formulação acerca da “vida boa em sociedade, transcritas como bem comum ou interesse público”<sup>171</sup> (FRANKENBERG, 2007, p. 102).

Tais valores comunitários põem em relevo a dimensão simbólica das constituições modernas (NEVES, 1994) e afiguram-se relevantes para a formação de uma consciência política respectiva na coletividade (FRANKENBERG, 2007). Estes elementos, juntos, concorrem para o desenvolvimento do conceito de ‘sentimento constitucional’ (LUCAS VERDU, 1985) e para aquilo que Peter Häberle chama de “constituição como espelho da esfera pública” (1998, p. 46)<sup>172</sup> e “função pedagógica da constituição”<sup>173</sup> (2000, p. 34).

Esta dimensão da constituição afigurou-se essencial à formação das identidades constitucionais e, tendo em vista a centralidade deste conceito para o presente trabalho, remete-se, neste momento, o leitor para as considerações a serem feitas no cap. 5.

#### **2.2.4. Constituição como elemento de conformação espaço-temporal da identidade nacional**

Por fim, o último elemento a ser aqui enfrentado diz respeito à questão concernente à construção de identidades. Como se pôde observar no capítulo anterior, foi o confinamento de estranhos no interior das fronteiras geográficas do Estado soberano o fator decisivo para o desenvolvimento moderno da categoria de nação, a partir do qual

---

<sup>171</sup> “Ao lado dos catálogos ou sistemas dos direitos e princípios fundamentais e em, nem sempre, pacífica coexistência com eles, podem ser identificadas normas constitucionais que demarcam valores comunitários, se não divididos coletivamente, evidenciados por elites de interpretação e norma constitucional, como paz, segurança, bem-estar geral e, recentemente, solidariedade. Estes são acrescentados, geralmente, à moral política de uma sociedade.” (FRANKENBERG, 2000, p. 221).

<sup>172</sup> Não é a constituição só um texto jurídico ou um emaranhado de regras normativas, mas também, expressão de uma situação cultural dinâmica, meio de autorrepresentação cultural de um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças. As constituições vivas, como obra de todos os intérpretes da Constituição em uma sociedade aberta, são, de acordo com sua forma e conteúdo, expressão e mediação da cultura, marcos para a recepção e reprodução cultural, assim como arquivo cultural das informações, experiências, vivências e o saber popular recepcionados. [...] a Constituição do Estado é uma «forma inventada que, vivendo, se desenvolve». (HÄBERLE, 1998, p. 46)

<sup>173</sup> Nas palavras do autor, “a constituição é expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural, um meio de auto-representação própria de todo um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos.” (HÄBERLE, 2000, p. 34).

foram construídos os laços de identidade intracomunitários. No tocante à teoria constitucional, o problema das identidades e das fronteiras passa a ser problematizado a partir de outras necessidades, a questão central aqui passa a ser de que forma é possível conceber a abertura das fronteiras jurídicas para que seja possível abarcar outras realidades e agrupamentos sem a diluição da própria normatividade constitucional.

Como assinalado anteriormente, a territorialidade representa o critério de organização da comunidade política, portanto, afigura-se como sua concepção estruturante. Recorrer à imagem das fronteiras (barreiras físicas) como o critério para conceber a *constituição como limite*, permite sublinhar o papel de produção de identidade comunitária que os diferentes discursos institucionalizados (ou não) sobre a constituição são capazes de construir. Desta forma, a imagem de “fronteira jurídica” forjada pela constituição permite trazer à tona os dois sentidos atribuíveis à identidade constitucional<sup>174</sup>: a identidade como semelhança (*sameness*) e a identidade como individualidade (*selfhood*). A primeira associada aos processos de identificação que permitem assinalar as semelhanças e a unidade no interior da comunidade política; a segunda associada aos processos de negação, em outras palavras, que permitem a diferenciação de determinada comunidade política em relação ao seu outro. (ROSENFELD, 2010, p. 27-36)

O primeiro sentido, de identificação e de integração, reúne as representações clássicas em torno do papel integrador e estruturante conferido à constituição como ordem fundamental da organização estatal. É a constituição que, ao pretender forjar “a dinâmica vital na qual se desenvolve a vida do Estado” (SMEND, 1985, p. 137), fornece os parâmetros para a identificação das diferentes facetas ínsitas a este modelo de organização política: (i) a autoridade estatal “autônoma, centralizada e com jurisdição territorial”; (ii) o ordenamento jurídico com “pretensão de integridade, hierarquia e coerência”; e (iii) a identificação de um interesse (bem) público temporal “que é, por um lado, superior aos bens particulares e, de outro, distinto dos fins e valores religiosos” (SANCHEZ AGESTA, 1974, p. 44-45).

Por seu turno, o segundo sentido, o de diferenciação, deriva do reconhecimento de que a constituição opera um duplo processo de diferenciação: de um lado, (i) ela permite a diferenciação entre direito e política (através da fixação das bases normativas do exercício do poder); de outro lado, (ii) a constituição delimita o espaço normativo doméstico

---

<sup>174</sup> A noção de identidade constitucional será explorada no capítulo 5 deste trabalho.

do internacional (regulando os mecanismos de interação entre estas ordens parcialmente sobrepostas).

Em ambos os sentidos mencionados, os processos de identificação e de demarcação reforçam (simbólica e institucionalmente) o enraizamento da autoridade estatal em bases territoriais e fornecem critérios para a construção de um sistema de produção normativa autorreferenciado<sup>175</sup>. É neste sentido que a noção de *constituição como limite* se articula à ideia de demarcação de fronteiras jurídicas.

A partir da reconstrução das narrativas em torno da relação entre soberania e constituição é possível identificar um conjunto de atributos associados à constituição (como limite) e essencial à institucionalização do modelo de “estado territorial soberano”, quais sejam: a territorialidade (demarcação dentro/fora), a unidade sistemática do ordenamento jurídico (coerência) e a cadeia de enfeixamento hierárquico das autoridades (decisão soberana).

Paradoxalmente, a projeção no tempo de uma constituição depende da sua capacidade de permitir a sua “reinvenção” diária, portanto, que a constituição insira-se no influxo das transformações contínuas sem a perda de sua identidade. O problema da sujeição da constituição ao influxo do tempo, ou seja, a tensão provocada pela interação dialética entre estabilidade e mudança (entre tradição e inovação) é liberada por uma “válvula de escape” que confere ao texto constitucional a possibilidade de sua adaptabilidade (sua capacidade de aprendizado). Esta possibilidade de transformar-se, sem perda de “identidade”, garante a condição simbólica de “sacralidade” do texto e perpetua a ideia de que o texto constitucional reproduz a realidade circundante (pelo menos, o conjunto de expectativas de sua sociedade).

As demandas por atualizações de sentido à narrativa constitucional são suscitadas e produzidas através de inúmeros mecanismos (institucionalizados ou não), através dos quais uma plêiade muito diversificada de atores (estatais, intergovernamentais e privados) interage, simultânea e concorrentemente, em múltiplas arenas decisórias (nacionais, internacionais e transnacionais).

No âmbito da teoria constitucional, tais demandas de atualização são comumente associadas ao caráter aberto, fragmentário e incompleto dos textos constitucionais.

---

<sup>175</sup> Ressalva que não se pretende subscrever a perspectiva funcionalista de matiz luhmanniana que defende a diferenciação funcional do sistema jurídico a partir de um código binário (válido/inválido), autorreferenciado e que reage às irritações do ambiente, em especial, mediante acoplamentos estruturais.

A *ideia de abertura constitucional* encerra, contudo, múltiplos significados. É possível identificar a existência de pelo menos seis sentidos: (i) a ideia de abertura da constituição à realidade circundante propugnada pelo que se convencionou chamar de “teoria material da constituição”<sup>176</sup> (em contraposição à teoria formal de caráter liberal) (LOIS, 2001; BONAVIDES, 2007, p. 147-170); (ii) a ideia de abertura semântica do texto constitucional (decorrente do caráter linguístico dos enunciados normativos, os quais, dada sua textura aberta, são marcados de certo grau de indeterminabilidade semântica) (HART, 2007, p. 137-149; HESSE, 1998, p. 36-38)<sup>177</sup>; (iii) o caráter de incompletude do texto constitucional como resultante de opção deliberada do constituinte em promover soluções compromissárias (HOLMES, 1997), ou ainda, sobre a presença de acordos parcialmente teorizados (SUSTEIN, 2000); (iv) a presença de cláusulas de desenvolvimento (ou cláusulas de abertura), no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais (SARLET, 2006; DOBROWOLSKI, 2005)<sup>178</sup>; (v) a presença de cláusulas de cooperação

---

<sup>176</sup> No período entre-guerras, as questões relacionadas à estabilidade constitucional e às fontes que constituiriam o objeto científico da ciência das constituições, suscitaram um rico debate que opôs normativistas (Kelsen) a anti-normativistas, no âmbito do chamado constitucionalismo material (Heller, Smend e Schmitt) (LOIS, 2001; LUCAS VERDÚ, 1990). Sob esta ideia podem ser encerradas diversas tentativas de integrar o texto constitucional à realidade circundante a partir do reconhecimento de que existe um conjunto de elementos extranormativos que não só condicionam a constituição em sentido formal como também se apresentam como condições de possibilidade dos diferentes processos de concretização constitucional (GARCÍA-PELAYO, 1993, p. 79-80). Para García-Pelayo, o processo de ruptura com a teoria formalista, que ganha proeminência teórica no contexto da República de Weimar (LUCAS VERDÚ, 1985), pode ser caracterizado: (a) pela separação metodológica entre Teoria do Estado e Teoria da Constituição, deslocando a questão central acerca da ideia de constituição circunscrita à função jurídico-regulatória do Estado para poder penetrar em sua substância; (b) pela identificação de um conceito de constituição a ser constituído não mais a partir da análise de suas partes integrantes, mas a tentativa de “identificar a totalidade de sua função”; (c) pela penetração do conceito sociológico com relativização ou menosprezo de sua feição normativa, fazendo introjetar seu caráter dinâmico; (d) pela politização do conceito de constituição (GARCÍA-PELAYO, 1993, p. 79-81).

<sup>177</sup> O conceito de *abertura semântica* decorrente do grau de indeterminação inerente à própria linguagem em razão da qual, no melhor e mais pormenorizado diploma legal, sempre existirão margens de indeterminação diante das quais o intérprete deverá optar entre diferentes possibilidades construídas a partir do texto normativo. Costuma-se referir que as normas constitucionais, por sua maior referibilidade a valores, acaba por revestir-se de um elevadíssimo grau de indeterminabilidade semântica (CANOTILHO, 1999).

<sup>178</sup> Nesta seara, a questão da abertura constitucional ganha contornos mais relevantes, ao passo que entra em cena o debate sobre a eficácia dos direitos fundamentais e sobre a sua dinâmica de positivação/reivindicação. Esta discussão materializa no reconhecimento de um grau maior de criatividade aos intérpretes constitucionais, conferindo-lhes a faculdade de, mediante o recurso a diferentes técnicas interpretativas, adscrever ao texto constitucional, diferentes enunciados normativos. É neste contexto que são desenvolvidas as teses concernentes: à garantia institucional dos direitos fundamentais (HÄBERLE, 1997b); à existência de direitos

através das quais a constituição permite uma articulação entre a ordem jurídica interna e internacional, conferindo maior operatividade à transplantação de elementos normativos para o plano doméstico, sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais (HÄBERLE, 2007; JACKSON, 2009)<sup>179</sup>; e, por fim, (vi) à ideia de abertura ao diálogo que envolve a propensão de diferentes instâncias decisórias nacionais engajarem-se em um diálogo voluntário com outras experiências constitucionais (em quaisquer níveis), colocam em xeque os problemas relacionados à porosidade entre as ordens constitucionais e às interações a serem produzidas, frutos destes contatos (capacidade de abertura e diálogo) (SLAUGHTER, 1994; CHOUDRY, 1999; SCOTT, 2009)

Os últimos três sentidos interessam mais de perto à presente pesquisa e serão adiante enfrentados mais especificamente. Neste momento, convém tão-somente registrar que eles veiculam aquilo que é aqui tratado como um processo de *abertura estrutural* do texto constitucional, ou seja, o reconhecimento da constituição como um “compromisso de possibilidades” (ZAGREBELSKY, 1995, p. 14) que exige que os discursos constitucionais sujeitem-se, constantemente, a mecanismos de autorreflexão.

Poder-se-ia aduzir que a existência desta abertura estrutural da constituição teria o condão de diluir a sua própria normatividade. Todavia, o que se observa é que a teoria constitucional responde com “mais constituição”. Em quais termos? Concepções como “bloco de constitucionalidade” e de “estado constitucional cooperativo” acabam, de um lado, por reconhecer a redução da capacidade de autodeterminação dos textos constitucionais tendo em vista certa obrigatoriedade em abarcar outras realidades normativas (menos constituição), de outro lado, por ampliar e (re)legitimar os órgãos encarregados de defender a constituição (mais constituição, leia-se, mais Poder Judiciário).

---

não-enumerados (PARDO, 2005); à garantia do mínimo existencial em relação aos direitos sociais; à máxima de vedação de retrocesso social.

<sup>179</sup> Gómez Fernández (2006), em sua obra, sugere duas categorias de cooperação entre fontes internas e internacionais: (a) a primeira é a abertura da Constituição ao direito internacional como parâmetro direto de controle de constitucionalidade, permitindo os órgãos encarregados de realizarem o ajuste de constitucionalidade/convencionalidade da legislação interna, tendo como parâmetro tanto a constituição como os tratados internacionais; (b) a segunda é uma abertura de menor intensidade que consiste em considerar os tratados como parâmetro interpretativo em mãos dos juízes, mediante uma cláusula de utilização preferente das fontes internacionais para interpretar o texto constitucional, o que ela traduz no “princípio da internacionalidade”.

Neste cenário de transição, sem pretender romper exatamente com esta ideia de *constituição como limite*, não se pode deixar de reconhecer que as “fronteiras” tornam-se cada vez mais porosas e permeáveis o que acaba por obscurecer, em grande medida, as diferenciações modernamente operadas pela constituição. Assim, defende-se neste trabalho que a constituição ainda mantém as funções de integridade e de integração da comunidade política, todavia, sob uma dinâmica distinta da lógica de organização do poder e dos discursos de legitimação próprios do modelo de “estado territorial soberano”, a partir da articulação de redes de interação e de ampliação dos mecanismos de diálogo institucional.

Em certo sentido, sem romper exatamente com a noção moderna de constituição, tal perspectiva contribui para uma reconfiguração daquilo que Günther Frankenberg (2007, p. 105) denomina de “metanormas da constituição” que, fixando regras de autorreflexividade no texto constitucional, garantem, “até certo ponto, a modernidade de Constituições, à medida que determinam seu *status* como *supreme law of the land* e as condições de mutabilidade”.

## 2.3. DO ESTADO TERRITORIAL SOBERANO AO ESTADO CONSTITUCIONAL

### 2.3.1. Desvelamento dos vínculos entre o modelo de estado territorial soberano e a teoria constitucional

Nesta seção, pretende-se sistematizar as questões até aqui pontuadas com o propósito de estabelecer os elos entre algumas das temáticas, que constituem o aspecto nuclear da teoria constitucional, discutidas ao longo deste capítulo e as quatro dimensões antes identificadas do modelo de “estado territorial soberano”.

Como dito, a constituição e o constitucionalismo moderno contribuíram para a consolidação do acoplamento entre autoridade e território. Igualmente viu-se que as quatro dimensões aqui apontadas e trabalhadas, para além de contribuírem para o entendimento do processo de afirmação do “estado territorial soberano”, configuram-se como desdobramentos da noção de soberania, desdobramentos estes que se (re)articulam e (re)alinham continuamente de forma a conferir renovado fôlego – sustentação – ao próprio conceito de soberania.

Como dito anteriormente, estas quatro dimensões foram até aqui utilizadas como fios condutores a partir dos quais foram desenhados os processos de surgimento, desenvolvimento e consolidação do modelo de “estado territorial soberano”. Elas operam como tramas que permitem a reconstrução das narrativas em torno da consolidação deste modelo de organização do Estado.

Antes, porém, de finalizar este capítulo, convém prosseguir com esta estratégia reconstrutiva e identificar os vínculos estreitos que ligam as dimensões até aqui trabalhadas e alguns elementos chaves da teoria constitucional consolidada no início do século passado. Este esforço pretende, a um só tempo, fornecer subsídios para a compreensão da dimensão institucional da ordenação constitucional e para a compreensão dos discursos de legitimação que impregnam (e conferem sentido a) a compreensão da constituição como fator de integridade e de integração.

Tabela 3: Vínculo entre o modelo de estado territorial soberano e a teoria constitucional

<b>Dimensões</b>	<b>Estado territorial soberano</b>	<b>Teoria constitucional</b>
Autoridade (poder de decidir)	Consolidada (centralizada hierarquicamente)	Poder constituinte
Princípio organizativo	Forma de organização espacial (territorial)	Princípio da constitucionalidade (estatuto orgânico do poder e supremacia constitucional)
Fundamento de legitimidade	Racionalização (institucionalização)	Constitucionalismo como ideologia (direitos fundamentais)
Construção de identidades	Identidade nacional (cidadania)	Abertura material (interpretação e inclusão constitucionais)

Fonte: Autoria própria

No que se refere à primeira dimensão (*autoridade*), a centralização hierárquica do “estado territorial soberano” encontra, em termos teóricos, na noção de poder constituinte o seu ponto de justificação e a sua contraparte no discurso jurídico.

Como dito anteriormente, na dimensão da autoridade, a soberania afigura-se como ponto de destaque a partir do momento em que se passa a discutir a questão da autoridade suprema. Sendo assim, afigura-se bastante significativo que o constitucionalismo, em seus primeiros passos, já tenha se preocupado com a questão.<sup>180</sup>

Na tabela 1 (seção 1.2.1), a dimensão da autoridade foi associada à capacidade de decidir e de fixar regras sobre conflitos, cuja problemática se materializa a partir da seguinte fórmula: “quem decide em última instância?”. A tabela 2, por seu turno, demonstra que da organização política do medievo para o “estado territorial soberano” passa-se de núcleos de poder dispersos e mais ou menos interrelacionados à institucionalização de núcleos de poder que passam a ser articulados e consolidados a partir de um centro decisório hierarquicamente estruturado.

O esforço de racionalização e de dessacralização do poder, veiculados através das doutrinas filosóficas do contrato social e suas variações, se jurisdiciza justamente por intermédio da linguagem do constitucionalismo. A constituição, em sentido moderno, deixa de ser concebida como um espelho que reflete o amálgama das forças constitutivas da comunidade política (ideia de constituição mista), para revestir-se de força normativa e de capacidade ordenadora. Esse trabalho de reinvenção moderna da nova “religião civil” foi deixado aos cuidados do constitucionalismo então nascente.

Desde o trabalho seminal de Sieyès, o problema da decisão e do enfeixamento do poder estatal – de todo o poder estatal –, foi enfrentado com a construção da ideia de um poder constituinte, de um poder ilimitado, soberano e inicial, capaz de tudo, e somente ele capaz de tudo, decidir (cf. seção 2.2.1). Dando talvez um dos últimos passos, pelo menos contemporaneamente, no percurso histórico dos titulares da soberania. Portanto, a autoridade do soberano, materializa-se na figura do povo ou da nação – com as suas limitações e peculiaridades da época – como a fonte legítima de onde emana o poder, portanto, como o *local* da decisão última.

A segunda dimensão (*princípio organizativo*) refere-se à forma como o espaço político é organizado, o que, por sua vez, se traduz nos mecanismos de inter-relação dos atores políticos e do enfeixamento de autoridades em determinado território.

---

<sup>180</sup> A obra de Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État?*, de 1788, nos primórdios do constitucionalismo, tem o tema como seu foco principal.

No primeiro capítulo, a recuperação do processo de consolidação do paradigma vestfaliano permitiu recuperar, rapidamente, as bases institucionais a partir das quais foi possível a consolidação do poder do Estado em bases territoriais, ou seja, o reconhecimento da legitimidade de seu exercício no espaço circunscrito à determinada porção de terra fronteiriçamente bem delimitada.

Neste contexto, a teoria constitucional afirma-se como sendo o *locus* privilegiado de sistematização e de reflexão teórica sobre os arranjos institucionais e normativos para uma *melhor* ordenação social. Assim, a “constitucionalização” do ideal organizativo consolida e confere sistematicidade orgânica aos princípios de ordenação veiculados através dos postulados normativos do constitucionalismo.

Isso porque, instituída a constituição por obra do poder constituinte, “crê-se”<sup>181</sup> na possibilidade de que este documento possa organizar e disciplinar todo o exercício do poder. Conforme visto na seção 2.2.1, o “princípio de constitucionalidade” veiculou essa pretensão, revestindo a constituição da tarefa estruturante de operar como estatuto jurídico do político.

Como visto na tabela 1 (seção 1.2.1), a dimensão do *princípio organizativo* do Estado moderno refere-se à forma de organização do político dentro dos limites territoriais do Estado e pode ser problematizada com a questão sobre “qual a melhor forma de organização”. Avançando para a tabela 2, demonstrou-se como a virada vestfaliana permitiu o abandono do modelo a-espacial de organização do medivo para a forma territorial (espacial) de organização do “estado territorial soberano”, *locus* dentro do qual se circunscreve o alcance normativo da autoridade pública.

No desenrolar histórico que se seguiu, o constitucionalismo cunhou a ideia de constituição como organização do poder (seção 2.2.2), alçando o documento constitucional a centro de imputação tanto da autoridade política, quanto de validade normativa. Logo, isto permitiu, para além de estabelecer a constituição como limitadora e fixadora dos balizamentos do poder político da autoridade pública, fixá-la como o documento capaz de atrair para si todo o fundamento legal das demais normas que compõem o arcabouço jurídico estatal.

A terceira dimensão (*fundamento de legitimidade*) avança para uma abordagem de cunho material, pois se organizativamente o Estado

---

<sup>181</sup> O processo de dessacralização da filosofia política e do constitucionalismo nem remove os fundamentos teológicos que constituem a base da filosofia política moderna, nem deixa de exigir atos de adesão irracional, ou seja, materializa-se através da crença na racionalidade e na capacidade transformadora das ideias e atuação humanas.

já se encontra estabelecido e se o poder de decisão já possui seu titular, faz-se necessário avançar e se perguntar sobre os limites e fundamentos do exercício deste poder estabelecido (constituído). É importante ressaltar que a questão – antiquíssima – sobre a legitimidade do poder, no âmbito do estado territorial soberano sofre uma espécie de dessubstancialização conferindo-se especial acento ao procedimento e à existência de mecanismos institucionais de controle do desvio do exercício do poder.

Na tabela 1 estabeleceu-se que a questão chave dessa terceira dimensão reside no debate sobre o “direito de governar” e o “reconhecimento do direito de governar” enfeixados na pergunta acerca de “qual é o fundamento do exercício de um governo legítimo?”. Ao avançar para a tabela 2, pode-se constatar que da organização política do medievo para o Estado moderno vestfaliano, passou-se de um fundamento de legitimidade personalizado e sacralizado para um modelo racionalista-institucional.

Essa nova configuração de legitimidade do poder – talvez a mais abrupta das passagens do medievo à modernidade ocorrida no seio do Estado – liga-se à noção de constituição como organização das liberdades (seção 2.2.3). O constitucionalismo, ou a estrutura padrão das constituições, fornecerá ao moderno modelo de Estado uma dupla fonte de direitos legitimadores do exercício do poder.

De um lado, encontram-se os direitos políticos, garantidores de uma participação no processo de escolha daqueles que efetivamente exercerão o poder; do outro, aparecem os direitos de liberdade em sua mais clássica e individual configuração. Esses direitos serão considerados como direitos anteriores e inerentes à comunidade política, sendo insculpidos na constituição e convertendo-se no núcleo de legitimidade material da constituição, do Estado, e ao final, do próprio exercício do poder. Nesses termos, será legítimo o governo que atue a partir do respeito irrestrito e incondicional aos direitos de liberdade, o que, mais de um século depois da Revolução Francesa, será ainda reforçado por ondas sucessivas de constitucionalização de direitos de cunho prestacional (assim chamados os direitos sociais, econômicos e culturais) e de uma gama de direitos difusa e coletivamente compreendidos, de forma relativamente independente do indivíduo.

Por fim, a quarta dimensão da soberania (*construção de identidades*) relaciona-se a um dos mais complexos problemas democráticos das sociedades contemporâneas, altamente complexas e com acentuados traços multiculturais.

A tabela 1 fixou a questão dos fatores de integração e de construção dos vínculos comunais como a última dimensão da organização política, pautando-a na questão sobre “qual é fator que contribui para a integração comunitária?”. À continuação, por meio da tabela 2, viu-se que a organização política do medievo pautava-se organização local (em sua mais específica acepção) acrescida dos vínculos de pertencimento à Cristandade, ao passo que o “estado territorial soberano” amplia o espectro para a ideia de identidade nacional e lhe acresce o moderno conceito de cidadania.

O constitucionalismo surge e se desenvolve bastante atrelado à ideia de cidadania. Cidadão é o comum, o igual, o pertencente a um mesmo território, fundamentalmente ligado aos demais por questões de descendência, língua, cultura, símbolos e, fundamentalmente, o pertencimento ao mesmo Estado.

A teoria do poder constituinte, já com a obra inicial de Sieyès, trabalha a partir do conceito abstrato de Nação, o conjunto dos membros da comunidade política a quem, em razão de vínculos de pertencimento a uma mesma comunidade política, territorialmente circunscrita, é atribuída a soberania popular. Ou seja, conceitos como cidadão, nação e até povo (em uma nova configuração) passam a ser ligados à ideia de participação na formação da vontade coletiva.

Porém, o problema (o desafio) da construção de identidades exige sua constante reinvenção, assumindo contemporaneamente feições dramáticas. Quando se opera a passagem do já consolidado, mas ainda inicial, “estado territorial soberano” para Estados multiculturais, o problema da identidade amplia-se exponencialmente, pois, quando se reconhecessem a diversidade e a pluralidade no interior dos Estados—em seus mais variados aspectos— a questão relativa à construção de identidades, em meio a tantos fatores de dispersão centrífuga, exige sejam renovados (e redimensionados) os vínculos de identidade por intermédio de inúmeros pontos de convergência formal e material, no seio das práticas sociais e das pretensões de ordenação do espaço coletivo.

### **2.3.2. Constituição como fator de integridade e de integração**

A título de esforço conclusivo, pode-se compreender que, como fruto da consolidação da teoria da constituição ao longo do século XX, a ideia de constituição como *fator de integridade e de integração* resultou

da cristalização daquilo que se convencionou chamar de modelo de “estado territorial soberano”.

Este modelo funda-se na ideia de que as questões relativas à justa ordenação das relações sociais são suscitadas e respondidas somente no interior dos estados soberanos e, em menor medida, entre estados soberanos com territórios, populações e governos (comunidades políticas) mutuamente excludentes.

As questões relativas à justa ordenação social envolvem os aspectos relacionados à justa representação, à justa distribuição de bens, ao justo reconhecimento e ao justo tratamento, sendo discursivamente veiculadas através de regras jurídicas fixadas de forma convencional, sobretudo pelo Estado. Estas normas são sistematicamente concebidas como ordens normativas estruturadas e produzidas em âmbitos de validade diferenciados: no plano interno, com base no direito constitucional estatal (direito nacional); no plano externo, com base no direito internacional (direito dos Estados nacionais).

Assim, no âmbito interno, a constituição permite a demarcação das fronteiras da ordem jurídica nacional, posto que, na qualidade de centro de imputação de autoridade normativa (estatal), possibilita sua estruturação mediante o encadeamento hierarquizado de centros emissores de ordens normativas (corporificado no modelo piramidal de Kelsen). A compreensão sistemática do direito permite a inferência, como traços constitutivos do ordenamento jurídico (nacional), dos postulados da unidade, da completude e da coerência sistêmica.

Contemporaneamente, é possível reconhecer que a teoria constitucional confere à constituição, ao menos, as funções de regulação e de integração.

Nestes termos, a constituição como *fator de integridade* representa o reconhecimento de sua função nomogenética e de sua aptidão a definir o fundamento de validade normativa do ordenamento jurídico (dimensão organizativa da constituição). Desta forma, o atributo de validade de qualquer disposição normativa deve guardar relação de compatibilidade vertical com as regras fundantes definidas no documento constitucional. O direito válido estrutura-se, a partir do Estado, com base nas ideias reguladoras de: hierarquia, unidade e coerência.

Por seu turno, a constituição como *fator de integração* representa o reconhecimento de que esta, enquanto instituição social, cumpre um relevante papel como fator de ordenação social (dimensão valorativa da constituição). Por conseguinte, a tensão contínua e constante entre

normatividade e normalidade deve ser incorporada à compreensão do sentido e do alcance a ser fixado ao documento constitucional.

Como se pôde salientar em diversos momentos ao longo deste capítulo, a constituição (nacional) vê-se confrontada por inúmeros desafios que colocam em xeque sua normatividade e o papel por si desempenhado.

Frente a tais desafios, a teoria constitucional é compelida a dar novas respostas que permitam uma transição em seus postulados, no seguinte sentido: transição da pretensão de ordenação hierárquica, à necessidade de acomodação de diferentes regimes jurídicos multinivelados e segmentados (concorrentes ou não); transição da pretensão de unidade sistêmica (a partir do direito estatal), à necessidade de reconhecimento de distintas fontes normativas igualmente legítimas (produzidas para além do Estado); transição da consagração do dogma da coerência intra-sistêmica (dever de correção e eliminação das antinomias), ao reconhecimento das diferenças e da pluralidade como valor que exige esforços de compatibilização de normas conflitantes, sem resultar na eliminação necessária destas antinomias.



### 3. ENTRE O ESTADO-NAÇÃO E O NÃO-ESTADO TRANSNACIONAL: DOS PROCESSOS DE DESCONSTRUÇÃO DO “ESTADO TERRITORIAL SOBERANO”

Como ficou evidenciado nos capítulos anteriores, o Estado territorial soberano consolida-se, ao longo do século XIX, como modelo dominante de organização da comunidade política, tanto no plano interno, quanto no plano externo, constituindo a unidade básica do chamado sistema de Estados. Nestes termos, os elementos constitutivos do Estado<sup>182</sup> operaram, durante longo período, como balisamento para a identificação e compreensão dos atributos de existência da comunidade jurídico-política. Nestas bases, o Estado exsurgia como garante e como espaço privilegiado da política na comunidade.

A insurgência de novos padrões regulatórios e a compreensão da dimensão espaço-temporal das múltiplas relações sociais, conjuntamente, concorreram para uma maior porosidade das fronteiras nacionais. Estes movimentos foram intensificados com a superação da bipolarização ideológico-militar entre leste-oeste, com o final da Guerra Fria.

Ocorre que, em meio a um conjunto de transformações multifacetadas ocorridas na forma de organização sócio-econômica, política e cultural da vida social, o Estado passou a ver sua importância confrontada com diversos outros atores, em ambos os planos (doméstico e internacional). Neste sentido, encontra-se diante de um acirrado debate

---

<sup>182</sup> Há uma grande diversidade de opiniões quanto aos elementos essenciais (constitutivos) do Estado, sendo possível sinalizar um certo consenso em torno de três: (a) *povo*, que “exprime o conjunto de pessoas vinculadas de forma institucional e estável a um determinado ordenamento jurídico” (BONAVIDES, 2009, p. 81) –Bonavides (2009), contudo, reconhece este primeiro elemento como *elemento humano*, o qual abrange três graus distintos, a saber: *população*, *povo* e *nação*; (b) *território*, sendo “da essência do Estado ele ocupar certo território delimitado” (KELSEN, 2005, p. 199); e, (c) *soberania/poder*. Este último elemento enseja maior celeuma. Para Fleiner-Gerster (2006, p. 231), este terceiro elemento é a soberania, o “poder ilimitado sobre um território”, na esteira das lições de Bodin, mas sem menoscar seu caráter polissêmico (cf. seção 1.2.2). Bonavides (2009, p. 116) prefere “poder do Estado”, entendido como a “organização ou disciplina jurídica da força”, que deve estar respaldado no maior consentimento social possível para ser apto a dar soluções aos problemas sociais. Neste mesmo sentido Kelsen (2005, p. 364), que lembra “que a soberania é a característica definidora deste poder” (BONAVIDES, 2009; FLEINER-GERSTER, 2006; KELSEN, 2005). Os dois primeiros são chamados de elementos *materiais*, e o último de elemento *formal*. Kelsen (2005, p. 314) defende ser o tempo, tal qual o espaço (território), um elemento do Estado: “um Estado existe não apenas no espaço, mas também no tempo, e, se considerarmos o território um elemento do Estado, então temos de considerar também o período de sua existência como um elemento do Estado”.

sobre a perda da centralidade do Estado, sem, contudo, que isto importe em sua superação, por isto a oposição existente entre o papel regulatório do Estado-Nação frente a outras forças não-estatais insurgentes nos espaços transnacionais (não-Estado transnacional).

O *objetivo* deste capítulo consiste justamente em identificar e mapear algumas destas transformações responsáveis pela erosão e esgotamento do modelo de organização do “estado territorial soberano” e apontar alguns padrões organizacionais que, operando um desacoplamento entre territorialidade e as fronteiras físicas do Estado, apontam alguns caminhos para a reconfiguração dos diferentes espaços de regulação transnacional. Apontar algumas das causas que desencadearam este processo de esgotamento e de transição paradigmática é de vital importância para que sejam fixadas as bases, a partir das quais serão articulados os diferentes discursos sobre a crise da capacidade regulatória da própria constituição nacional.

### 3.1. O IMPACTO DA GLOBALIZAÇÃO NA FORÇA ORGANIZATÓRIA DO PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE

O objetivo deste item consiste em identificar o impacto que os múltiplos (e muitas vezes contraditórios) processos de globalização têm provocado na capacidade explicativa do princípio da territorialidade, exigindo o seu desacoplamento das unidades do estado-nação e a sua reconfiguração em face do aumento vertiginoso do grau de interdependência e de interconexões que se processam supraterritorialmente, em espaços cada vez mais marcados pela simultaneidade e instantaneidade. (SCHOLTE, 2003)

Sem se poder prescindir das fronteiras e do próprio aparato institucional do Estado, o que se percebe é uma multiplicação dos parâmetros organizativos. Não há que se falar na insurgência de “um” novo espaço transnacional, mas de inúmeros “espaços” que se articulam e se sobrepõem transfronteiramente, mediante diferentes instrumentos e vias institucionais, através de processos dinâmicos e com graus diferenciados de vinculatividade, no qual operam um sem-número de atores não-estatais.

Este tópico pretende, portanto, mapear os fenômenos associados à globalização que fornecem os elementos a partir dos quais podem ser concebidos os padrões de organização dos espaços de regulação transnacional. Antes, porém, será feito um rápido inventário sobre as

narrativas acerca das globalizações. Em seguida, são analisados dois elementos particularmente relevantes para os propósitos deste trabalho: a questão do incremento dos padrões de interação social e dos processos de interdependência (que se processam através de uma tensão entre o global e o local) e a discussão sobre o desacoplamento do princípio da territorialidade da ideia estruturante de unidade territorial.

### **3.1.1. Múltiplas narrativas em torno das globalizações: diferenças e acordos em torno dos processos de globalização em marcha.**

O emprego da expressão globalização remonta a trabalhos teóricos realizados já no final do século XIX (HELD; MCGREW, 2003); todavia, o seu uso passou a ser difundido, como “modismo”, somente na década de 90, a exemplo do que ocorrera com a expressão “interdependência” na década de 70. (KEOHANE; NYE JR, 2003, p. 75).

Grande parte dos debates acerca da globalização não consegue avançar pela ausência de acordo sobre algumas de suas premissas mais elementares; sendo muitas vezes dificultado por problemas terminológicos e de definição intransponíveis (SCHOLTE, 2003, p. 86). Muitas das polêmicas que dividem a literatura são decorrentes de choques entre diferentes pontos de partida e entre distintas definições de globalização<sup>183</sup>. Em que pese esta constatação, este tópico destina-se a implementar um inventário sobre os múltiplos usos desta expressão e explorar alguns de seus possíveis sentidos, em especial, em relação àqueles que repercutem nos modos de organização da política e do direito.

Inicialmente, impõe-se fazer duas delimitações conceituais iniciais: (i) em face da existência de uma multiplicidade de discursos sobre “globalização”, assume-se aqui, como ponto de partida, a impossibilidade de adotar um sentido unívoco em torno de globalização, razão pela qual a referência frequente neste trabalho a “globalizações” ou “processos” de globalização; e (ii) estes processos de globalização podem ser compreendidos como fenômenos multifacetados associados a

---

<sup>183</sup> Boaventura Santos (2002) destaca a existência de três debates contemporâneos sobre a globalização: 1) a globalização é um fenômeno novo ou velho?; 2) a globalização é monolítica, ou tem aspectos positivos e aspectos negativos?; 3) aonde conduz a crescente intensificação da globalização?.

diferentes formas de “globalismos”<sup>184</sup> e que refletem inúmeros movimentos cujas raízes remontam a processos de difusão do capitalismo e do sistema de Estados.

Acorrendo em defesa da multiplicidade de discursos, Boaventura de Souza Santos (2002, p. 49) assinala que existe uma espécie de concepção dominante de globalização<sup>185</sup> que produz uma ideia falsa de que a globalização “é um fenômeno linear, monolítico e inequívoco”; por esta razão, o autor defende a necessidade de que sejam desveladas as premissas a partir dos quais tais discursos são veiculados e os interesses concretamente imbricados<sup>186</sup>. Com este desiderato, ressalta a necessidade de desvelamento dos (antigos e novos) conflitos obliterados pela difusão da imagem de cooperação e interdependência veiculados por estes discursos.

Destas considerações, emerge uma das mais importantes características dos fenômenos associados à globalização, qual seja: o seu “caráter maravilhosamente incontrolado” (MODELSKI, 2003, p. 58). Apesar do vigor e das profundas transformações levadas a efeito por conta de sua difusão, trata-se de uma expansão que não é hierarquicamente estruturada a partir de um sistema centralizado (MODELSKI, 2003). Pelo contrário, é impulsionada por múltiplos vetores que, concorrentes e assimétricos, encontram-se profusamente

---

<sup>184</sup> Robert Keohane e Joseph S. Nye Jr (2003, p. 75-76) concebem a globalização como um aumento (ou diminuição) do globalismo. Este, por sua vez, afigura-se como um tipo de interdependência, contudo, dotado de duas características peculiares: primeiro, refere-se a redes de conexões (mediante múltiplas relações), portanto, não se refere à relações individualizadas; segundo, para que uma rede de relações seja considerada global, ele deve incluir distâncias multicontinentais, portanto, não podem ser reduzidas a simples redes regionais.

<sup>185</sup> Após identificar aquilo que denomina de “concepção dominante sobre globalização”, Boaventura dos Santos (2002, p. 50-52) denuncia a existência de duas falácias presentes nos discursos de homogeneização produzidos pela globalização: a falácia do determinismo e do caráter não-político da globalização. Em relação à primeira falácia (do determinismo), explica ele que “[c]onsiste na inculcação da ideia de que a globalização é um processo espontâneo, automático, inelutável e irreversível que se intensifica e avança segundo uma lógica e uma dinâmica próprias suficientemente fortes para se imporem a qualquer interferência externa”. Em relação à segunda falácia (caráter não-político), ressalta que “[n]os termos desta falácia as relações Norte/Sul nunca constituíram um verdadeiro conflito, mas durante muito tempo os dois pólos das relações foram facilmente identificáveis, já que o Norte produzia produtos manufacturados, enquanto o Sul fornecia matérias-primas. (...) Quanto mais triunfalista é a concepção da globalização, menor é a visibilidade do Sul ou das hierarquias no sistema mundial”.

<sup>186</sup> Nas palavras do autor: “A pluralidade de discursos sobre a globalização mostra que é imperioso produzir uma reflexão teórica crítica da globalização e de o fazer de modo a captar a complexidade dos fenômenos que ela envolve e a disparidade dos interesses que neles se confrontam”. (SANTOS, 2002, p. 54)

dispersos em diferentes níveis de atuação (abaixo, ao lado e acima dos Estados-nação)<sup>187</sup> (KEATING, 2002, p. 7).

Frente aos múltiplos usos associados à palavra “globalização”, Jan Scholte (2003, p. 84-85) faz um interessante inventário sobre a existência de cinco sentidos diferenciados. São eles: (i) internacionalização; (ii) liberalização econômica; (iii) universalização; (iv) ocidentalização; e, (v) desterritorialização. Enquanto os quatro primeiros usos remetem a experiências anteriores ao fenômeno contemporâneo de acirramento da interdependência e interconexão em escala global, somente o último sentido (o de desterritorialização) coloca em evidência as transformações mais profundas desencadeadas pelos processos de globalização. Tais transformações exigiram a adoção de uma nova concepção de localização territorial e repercutem na forma como se constituem e se compreendem as relações sociais.

A ideia de globalização como (i) *internacionalização* põe em evidência a existência de processos transfronteiriços compatíveis com a intensificação das relações entre pessoas e povos em diferentes partes do globo; a terminologia comumente empregada pelas relações internacionais para analisar (e descrever) tais transações e a interconectividade entre os povos delas resultantes coaduna-se com inúmeros dos processos de internacionalização anteriormente experimentados. (SCHOLTE, 2003, p. 84)

A compreensão da globalização como (ii) *liberalização econômica* põe acento no processo de remoção das barreiras ao comércio e na transnacionalização do mercado financeiro e da atuação das corporações; processos estes que convergem em torno de um mercado global. Em que pese a relevância da dimensão econômica como fator de impulso dos diferentes processos de globalização, de acordo com a autora, esta segunda noção afigura-se redundante, já que o discurso consolidado do liberalismo econômico sempre veiculou a ideia de abertura de mercados e de autorregulação do setor econômico, tanto é assim que o terceiro quartel do século XIX experimentou um processo de liberalização generalizada, prescindindo do discurso globalizante. (SCHOLTE, 2003, p. 84).

---

<sup>187</sup> Tradução livre de: “So functional systems are re-orienting themselves, migrating to new levels above, below and beyond the nation state. Yet none of these functional factors— one could cite more—are determinant and, indeed, they do not point consistently to one level of territory among the many possible ones between the global system and the parish. Their effects are mediated and shaped by politics, but this too is changing its territorial focus.” (KEATING, 2002, p. 7)

No que concerne à identificação da globalização como (iii) *processo de universalização*, diz-se que algo se “globalizou” quando seu uso se torna universal, como, *e.g.*, o calendário gregoriano ou a língua inglesa. Assim, global designaria algo que está presente em todo o mundo e globalização refere-se a um processo de homogeneização de práticas sociais ao redor do globo (SCHOLTE, 2003, p. 84). Uma vez mais, em que pese a profusão destas práticas, estar-se-ia, segundo a autora, diante de um fenômeno que já teria ocorrido anteriormente e cuja explicação coaduna-se, inteiramente, com o seu correspondente semântico, qual seja: a ideia de universalização.

Em correspondência direta com o sentido anterior, a ideia de globalização como (iv) *ocidentalização* (ou *modernização*), pretende descrever o processo de difusão global de instituições típicas da modernidade ocidental – capitalismo, industrialismo, racionalismo, fordismo. Leituras desta natureza normalmente são associadas à destruição ou descaracterização de culturas pré-existentes e coadunam-se com discursos acerca da existência de um imperialismo pós-colonial<sup>188</sup>. Tais associações referem-se a sentidos anteriores à emergência de um *globe-talk* e, igualmente, podem ser adequadamente descritos como processos de ocidentalização, europenização, ou ainda, americanização (SCHOLTE, 2003, p. 85).

Por fim, a globalização *como desterritorialização* encerra, segundo a autora, um sentido inteiramente novo para descrever o processo de transformação levada a efeito no seio das relações sociais. Tem-se, nesta perspectiva, um reenquadramento na geografia social em que, apesar da permanência da ideia de territorialidade, operam-se múltiplos processos de desterritorialização e reterritorialização que concorrem para uma superação do territorialismo estruturado a partir de fronteiras bem definidas e distâncias igualmente estanques. (SCHOLTE, 2003, p. 86).

A existência de múltiplos usos da expressão, para além dos problemas de comunicação suscitados, permite a constatação, de plano, que os processos de globalização refletem diferentes fenômenos relacionados. O que constatam os diferentes autores é que nenhuma abordagem ou perspectiva teórica sobre a globalização galgou ao status

---

<sup>188</sup> Em geral, a literatura que parte dessa perspectiva descreve a globalização como um processo de colonialismo e imperialismo cultural do ocidente, que produz homogeneização cultural e “americanização” do mundo. Filmes de Hollywood, lanchonetes McDonald’s e Coca-Cola são considerados, nessa linha de análise, os símbolos da globalização (SCHOLTE, 2003, p. 86).

de ortodoxia no âmbito das ciências sociais<sup>189</sup>. Até mesmo porque, para além de sua dimensão econômica, trata-se de fenômenos multidimensionais que envolvem diferentes formas de globalismos: (i) globalismo econômico (envolvendo fluxos de “bens, serviços e capitais de longa distância”, assim como de informação e de percepção decorrentes da interação que acompanha as trocas de mercado); (ii) globalismo militar (refere-se a redes de interdependência de longa distância nas quais “a força, ou a promessa de seu uso, são empregadas”); (iii) globalismo ambiental (refere-se ao transporte de longa distância de materiais com possíveis impactos e/ou riscos de impacto, que podem afetar o meio-ambiente e a saúde e o bem-estar humanos); e (iv) globalismo social e cultural (envolve o movimento de ideias, informação, imagens e pessoas). (KEHOANE; NYE JR, 2003, p. 76-77)<sup>190</sup>

Com a deliberada intenção de abarcar a multiplicidade de perspectivas associadas à globalização<sup>191</sup>, Held e Grew (2003, p. 4) identificam a existência de três diferentes elementos presentes, com graus e ênfases variadas, nas definições teóricas por si inventariadas. De acordo com os autores, tais perspectivas: (i) veiculam aspectos materiais dos processos de globalização, (ii) ressaltam o dinamismo e os padrões de interações das relações sociais a partir de uma perspectiva espaço-temporal; e, (iii) reforçam as transformações operadas na forma de compreensão das relações (aspectos cognitivos). Com base nestes

---

<sup>189</sup> “Within shared traditions of social enquiry, whether neoclassical economics or world systems theory, no singular account of globalization has acquired the status of orthodoxy.” (HELD; MCGREW, 2003, p. 2)

<sup>190</sup> Para Giddens (2003, p. 61-65), a “globalização” tem quatro dimensões: (i) economia capitalista mundial; (ii) o sistema de estados-nação; (iii) ordem mundial militar; e (iv) desenvolvimento industrial que implica em uma divisão global do trabalho (diferenciação entre áreas mais ou menos industrializadas no mundo). Estes elementos juntos apontam para um aspecto mais abrangente e fundamental da globalização que subjaz latente a cada uma das dimensões institucionais antes mencionadas e que deve ser compreendida como uma “globalização cultural” (GIDDENS, 2003, p. 65).

<sup>191</sup> Os autores (HELD; MCGREW, 2003, p. 4) resumizam estas perspectivas nos seguintes termos: “Globalization has been variously conceived as action at a distance (whereby the actions of social agents in one locale can come to have significant consequences for 'distant others'); time-space compression (referring to the way in which instantaneous electronic communication erodes the constraints of distance and time on social organization and interaction); accelerating interdependence (understood as the intensification of enmeshment among national economies and societies such that events in one country impact directly on others); a shrinking world (the erosion of borders and geographical barriers to socio-economic activity); and, among other concepts, global integration, the reordering of interregional power relations, consciousness of the global condition and the intensification of interregional interconnectedness.”

elementos, os autores propõem um “conceito simplificado” que, em certa medida, os articula, nos seguintes termos:

[...] globalização denota, a um só tempo, a ampliação de escala, a magnitude crescente, a aceleração e o aprofundamento do impacto dos fluxos inter-regionais e dos padrões de interação social. Refere-se a uma mudança ou transformação na escala de organização sócio-humana que conecta distantes comunidades distantes e expande o alcance das relações de poder entre a maior parte das regiões e continentes do mundo. (HELD; MCGREW, 2003, p. 4)<sup>192</sup>

Dentre os elementos trazidos à baila, dois deles são particularmente relevantes para os propósitos deste trabalho: a questão relacionada ao incremento dos padrões de interação social e dos processos de interdependência (seção 3.1.2) e a questão ligada à mudança no padrão de organização social a partir de critérios que se desprendem da ideia estruturante de unidade territorial (seção 3.1.3).

Antes, porém, de discuti-los convém enfrentar o caráter indeterminado dos fenômenos associados à globalização e alguns elementos que, em meio à celeuma terminológica, parecem emergir como consenso compartilhado entre os autores.

Como antes salientado, as contradições suscitadas ao longo dos processos de globalização refletem inúmeros processos de transição, identificadas por Boaventura de Souza Santos (2002, p. 56), em níveis distintos: transição no sistema de hierarquias e desigualdades do sistema mundial; transição no formato institucional e na complementaridade entre instituições; transição na escala e na configuração dos conflitos sociais e políticos. (SANTOS, 2002, p. 56)<sup>193</sup>. Sua indeterminação

---

<sup>192</sup> Tradução livre de: “(...) globalization denotes the expanding scale, growing magnitude, speeding up and deepening impact of interregional flows and patterns of social interaction. It refers to a shift or transformation in the scale of human social organization that links distant communities and expands the reach of power relations across the world’s major regions and continents.” (HELD; MCGREW, 2003, p. 4).

<sup>193</sup> Esta constatação leva o autor a conceber um “sistema mundial em transição” constituído por três constelações de práticas: interestatais, capitalistas globais e transnacionais de índole cultural e social. Cada uma dessas constelações de práticas é constituída por: um *conjunto de instituições* que asseguram a sua reprodução, a complementaridade entre elas e a estabilidade das desigualdades que elas produzem; uma *forma de poder* que fornece a lógica das interações e legítima as desigualdades e as hierarquias; uma *forma de direito* que fornece a linguagem das relações intrainstitucionais e interinstitucionais e o critério da divisão entre práticas permitidas e proibidas; um *conflito estrutural* que condensa as tensões e contradições matriciais das práticas em questão; um *critério de hierarquização* que define o modo como se

decorre do fato de que os processos de globalização não são impulsionados por uma lógica pré-ordenada que presume uma trajetória histórica singular, ou ainda uma condição final simbolicamente representada pela emergência de uma sociedade mundial singular ou uma civilização global homogeneizada.

Os processos de globalização são impulsionados por uma confluência de forças e são constituídos por tensões dinâmicas. Se ainda é cedo para indicar, com segurança, para onde apontam tais transformações, pode-se afirmar com David Held e Anthony McGrew (2003) que se encontra em curso uma mudança global na reconfiguração dos princípios da vida social e da ordem mundial<sup>194</sup>. Tais transformações são operadas em três aspectos considerados centrais pela literatura globalista: (i) nos padrões dominantes de organização sócio-econômica; (ii) nos padrões de organização territorial; e (iii) nos padrões de poder. Estas implicações políticas (profundas) no processo de ordenação e regulação jurídica refletem a caracterização de sobreposições de redes de poder<sup>195</sup> e dispersão do lócus do poder para outras searas nos espaços da política global<sup>196</sup>.

---

cristalizam as desigualdades de poder e os conflitos em que eles se traduzem; finalmente, ainda que todas as práticas do sistema mundial em transição estejam envolvidas em todos os *modos de produção de globalização*, nem todas estão envolvidas em todos eles com a mesma intensidade.

Por seu turno, as *práticas interestatais* correspondem ao papel dos Estados no sistema mundial moderno enquanto protagonista da divisão internacional de trabalho no seio do qual se estabelece a hierarquia entre centro, periferia e semiperiferia. Neste particular, o autor adota a perspectiva dos sistemas-mundo de Wallerstein; que, de acordo com Anthony Giddes (2003, p. 60) é claramente insuficiente, já que: confere ênfase a um único fator determinante (o capitalismo) para as transformações na modernidade; é incapaz de dar conta da dimensão institucional do sistema de estados; e, por fim, a distinção proposta em centro/periferia/semiperiferia não permite a compreensão da distribuição de poder militar e político (quando estes poderes não se encontram efetivamente alinhados em parâmetros econômicos). As *práticas capitalistas globais* são as práticas dos agentes econômicos cuja unidade espaço-temporal de atuação real ou potencial é o planeta. E, por fim, as práticas sociais e culturais transnacionais são os fluxos transfronteiriços de pessoas e de culturas, de informação e de comunicação. (SANTOS, 2002, p. 54-58)

<sup>194</sup> Defendem, igualmente, a ocorrência de uma mudança paradigmática nas relações sociais, José Eduardo Faria (1999), Anthony Giddens (2003), Jan Scholte (2003) e William Twining (2007).

<sup>195</sup> De acordo com Held e Grew (2003, p. 39): “(i) Contemporary processes of globalization and regionalization create overlapping networks of power which cut across territorial boundaries; as such, they put pressure on, and strain, a world order designed in accordance with the Westphalian principle of exclusive sovereign rule over a bounded territory.”

<sup>196</sup> Ainda em relação aos mesmos autores: (ii) Some of the most fundamental forces and processes which determine the nature of life-chances are now beyond the reach and control of individual nation-states (2003, p. 39). The idea of global politics challenges the traditional distinctions between the domestic and the international, and between the territorial and the

Sem incorrer na armadilha denunciada por Santos (2002) relativa à possibilidade de um metaconsenso<sup>197</sup> dominante sobre os processos de globalização, e, uma vez mais, baseado na análise de Held e Grew (2003, p. 38), é possível identificar a existência de um relativo acordo entre as tradições distintas nos seguintes termos: (i) tem ocorrido algum crescimento nas décadas recentes nos padrões de interconectividade econômica dentro e entre regiões, embora com consequências multifacetadas e desiguais entre as diferentes comunidades; (ii) a competição inter-regional e global (nos diferentes domínios político, econômico e cultural) contesta estruturas hierárquicas antigas e gera novas desigualdades na distribuição do bem-estar, poder, privilégios e conhecimento; (iii) problemas transnacionais e transfronteiriços (e.g., com a difusão de OGMs, do terrorismo de massa e de lavagem de dinheiro) vêm sendo trazidos à tona, colocando em xeque o papel tradicional, as instituições estatais e o grau de responsabilização do governo nacional; (iv) tem havido uma expansão da governança internacional em nível regional e global, que suscita questões normativas de relevo sobre a natureza da ordem mundial em construção e a que interesses esta ordem serviria; e, por fim, (v) tais desenvolvimentos requerem novas fórmulas para se pensar sobre política, economia e mudança cultural, bem como novas maneiras de regulação política e de mecanismos de responsabilização política, ambos eficazes.

---

non-territorial, embedded in modern conceptions of 'the political' (see Held et al 1999) (HELD; GREW, 2003, p. 39-40)

<sup>197</sup> “Essa ideia é a de que estamos a entrar num período em que desapareceram as clivagens políticas profundas. As rivalidades imperialistas entre os países hegemônicos, (...) desapareceram, dando origem à interdependência das grandes potências, à cooperação e à integração regionais. Desse meta consenso faz ainda parte a ideia de que desapareceram também a clivagem entre diferentes padrões de transformação social. (...), a transformação social é, a partir de agora, não uma questão política, e sim uma questão técnica. Ela não é mais que a repetição acelerada das relações cooperativas entre grupos sociais e entre Estados. Fuguyama (1992), com a sua ideia de fim da história, deu expressão e divulgação a este metaconsenso. Huntington (1993) secundou-o com a sua ideia de ‘choque de civilizações’, ao defender que as clivagens tinham deixado de ser políticas para passarem a ser civilizatórias.” (SANTOS, 2002, p.28).

### 3.1.2. Interconexão e interdependência nas relações sociais: a tensão entre o global e o local nos processos de globalização.

A compressão da relação espaço-temporal, levada a efeito por conta do avanço vertiginoso nas tecnologias da informação, de transportes e de comunicação, vem permitindo que sejam construídas múltiplas redes que fixam padrões de interconectividade nunca antes experimentados. Esta faceta da globalização costuma ser associada à ocorrência de diferentes processos de homogeneização e de convergência cultural e concorrem para que, entre outros aspectos, as pessoas (e coletividades) alterem substancialmente a forma com que estabelecem (e reconstróem dinamicamente) suas relações de identidade.

O presente tópico pretende chamar a atenção para a falácia que esta ideia veicula, por intermédio da ênfase atribuída a dois aspectos a ela relacionados e que, como se verá, são muito importantes para os desdobramentos deste trabalho: o primeiro, a centralidade da ideia de “redes de interação” para a identificação dos novos padrões organizacionais insurgentes; o segundo, o conflito existencial entre as dimensões local e global que gera processos concorrentes e imprevisíveis de homogeneização e de localização.

Em relação *ao primeiro aspecto*, discute-se aqui a insurgência de novos padrões de interação estruturados através de redes de interconexão transfronteiriças, a par de relações locais, em grande medida, ressignificadas.

Importa aqui sumarizar a proposta de Anthony Giddens (2003). Neste sentido, reputando ser a dimensão cultural aquela mais relevante entre as dimensões da globalização por si mapeadas, o autor propõe um modelo teórico para apreensão destes processos de transformação, centrado na ideia de distanciamento espaço-temporal das relações estabelecidas. Em suas palavras, este marco conceitual “chama a atenção para as relações complexas entre as formas de interação local (circunstâncias de copresença) e interação em meio à distância (as conexões de presença e ausência).” (GIDDENS, 2003, p. 60).

De acordo com este modelo, o advento da modernidade possibilitou (em contraposição ao enclausulamento das interações sociais em contextos locais próprios da fase pré-moderna) fossem forjadas *relações entre outros ausentes*, ou seja, fossem estabelecidas relações sociais que prescindissem de interações presenciais (através de

interações reestruturadas mediante abstrações como, p.ex., a moeda ou a nacionalidade)<sup>198</sup>.

Por seu turno, a globalização intensifica exponencialmente este processo de distensão (alongamento) da relação espaço-temporal, “na medida em que os modos de conexão entre contextos sociais diferentes ou regiões interligam-se de maneira ainda mais abrangente, atravessando a superfície global como um todo.”<sup>199</sup> (GIDDENS, 2003, p.62). Nestes termos, a transformação local pode ser compreendida como parte constitutiva dos processos de globalização, tanto quanto é possível identificar a existência de uma conexão de sentido (independentemente de relações copresenciais) entre ausentes, mediante o recurso a *constructos* (representações abstratas e/ou simbólicas) da modernidade. Tem-se assim uma conexão indissociável entre o global e o local<sup>200</sup>, mais ainda, de acordo com a proposta de Anthony Giddens, a copresença figura como condição de possibilidade para que sejam estabelecidas interconexões em escala planetária.

Se por um lado, é possível identificar a existência de uma íntima conexão entre as duas dimensões (a local e a global); por outro, é possível mapear múltiplas formas de interação tendo por base a abrangência territorial concretamente verificada.

Imbuído deste propósito, Michael Mann (2003, p. 136) distingue cinco diferentes formas de redes sócio-espaciais de interação social: (i) redes locais, as quais representam as redes de interação que são estabelecidas subnacionalmente; (ii) redes nacionais, estruturadas por intermédio de instituições e padrões regulatórios mais diretamente vinculados ao Estado-nação; (iii) redes “inter-nacionais”, constituídas a partir da interação entre nações constituídas e incluem padrões regulatórios estrategicamente configurados a partir de diferentes instrumentos (*hard e soft law*); (iv) redes transnacionais, formadas por redes de interação que perpassam as fronteiras nacionais e não são diretamente por elas afetadas; e, por fim, (v) redes globais, que

---

<sup>198</sup> Na era moderna, o nível de distanciamento é muito maior do que em qualquer outro período anterior e as relações entre formas e eventos sociais locais e distantes tornaram-se distendidas (*stretched*).

<sup>199</sup> Tradução livre de: “globalization refers essentially to that stretching process, in so far as the modes of connection between different social contexts or regions become networked across the earth’s surface as a whole.” (GIDDENS, 2003, p. 62).

<sup>200</sup> Nas palavras de Anthony Giddens (2003, p. 60): “Globalization can thus be defined as the intensification of worldwide social relations which link distant localities in such a way that local happenings are shaped by events occurring many miles away and vice versa. This is a dialectical process because such local happenings may move in an obverse direction from the very distanced relations that shape them.”

abrangem o mundo em sua totalidade (ou ainda, mais realisticamente falando, cobrem parte dele)<sup>201</sup>.

Como se verá adiante, a noção de rede de interações está intimamente relacionada com a reorganização da territorialidade nos espaços transnacionais e terá importância vital para o mapeamento das formas de regulação constituídas para além do Estado e para a compreensão em torno dos padrões de comunicação dialógica entre ordens (e autoridades) que se sobrepõem, parcial e dinamicamente.

Em relação ao *segundo aspecto*, o conflito existencial entre as dimensões local e global reflete, de um lado, uma tensão recorrente na filosofia política e no direito internacional entre universalismos e particularismos<sup>202</sup>; e, por outro lado, a divisão entre céticos e globalistas sobre os riscos de dissolução das identidades nacionais.

Em relação a esta última divisão, David Held e Anthony McGrew<sup>203</sup> sintetizam as posições assumidas entre os teóricos nos seguintes termos: (i) para os denominados *céticos*, o desenvolvimento de uma cultura de massas global não tem o condão de dissolver a identidade nacional construída na modernidade<sup>204</sup>; ademais, sequer é possível identificar o desenvolvimento de uma cultura global similar à

---

<sup>201</sup> Michael Mann (2003) ressalta que as redes globais podem ser constituídas tanto por atores políticos (estatais ou não-estatais) de alguma forma associados às comunidades políticas constituídas, como por difusão de ideologias por intermédio de um engajamento ativista de movimentos e instituições, como e.g., religiões, o socialismo, o feminismo e, ainda, o neoliberalismo. Combinadas, estas interações entre tais redes podem, talvez, fornecer as bases para uma “nova sociedade civil transnacional”.

<sup>202</sup> Matthias Mahlmann (2009, p. 1325) assevera que “There are many universalistic moral theories, from Plato to Kant and beyond, and the same holds for the legal sphere. Here, the Natural Law tradition was inspired by it, classically formulated by Stoic thought in antiquity and continuing to be actively present until the dawn of modernity. After this, other modes of normative legitimation gained increasing prominence, though the idea of Natural law has never ceased to attract interest. One can find more than traces of the universalistic stance in the history of public international law wherever the idea was formulated that there are norms which can claim validity beyond a limited group”.

<sup>203</sup> Os autores propõem esta tipologia para estruturar as diferentes abordagens sobre a temática da globalização, nos seguintes termos: “(...) it is, nevertheless, feasible to identify a clustering of arguments around an emerging fissure between those who consider that contemporary globalization is a real and significant historical development - the globalists - and those who conceive it as a primarily ideological or social construction which has marginal explanatory value - the skeptics.” (HELD; MCGREW, 2003, p. 2).

<sup>204</sup> “Furthermore, the sceptics argue, while new communication systems can create access to distant others, they also generate an awareness of difference; that is, of the incredible diversity in lifestyles and value orientations (see Gilroy 1987; Robins 1991; Massey and Jess 1995).” (HELD; MCGREW, 2003, p. 16).

identidade cultural associada à identidade nacional<sup>205</sup>; em contrapartida, (ii) para os *globalistas*, encontra-se em pleno curso uma profunda alteração na política de identidades, criando um sentido de pertencimento global e vulnerabilidades que transcendem a unidade territorial do Estado<sup>206</sup>.

Independentemente de que se professe adesão à tese forte sobre um caminhar em direção à identidade global, David Held e Anthony McGrew (2003, p. 18) identificam alguns fatores que contribuem para a percepção do estabelecimento de múltiplas cadeias de identificação (sobrepostas e não exclusivas) interconectadas de maneira a perpassar as fronteiras da unidade territorial. São eles: (i) os movimentos sociais com atuação transnacional e dotados de objetivos de natureza regional ou global; (ii) uma constelação de atores, agências e instituições orientadas à promoção de questões de natureza inter e transnacional; e, (iii) a ideia segundo a qual os direitos humanos afiguram-se como de observância obrigatória por todas as comunidades políticas locais (independentemente de manifestação “soberana” de vontade), como medida indispensável à dignidade e integridade de todas as pessoas.

Estes fatores sinalizam que os diferentes processos de globalização parecem “combinar a universalização e a eliminação das fronteiras nacionais, por um lado, o particularismo, a diversidade local, a identidade étnica e o regresso ao comunitarismo, por outro.” (SANTOS, 2002, p. 26). Em outras palavras, os efeitos destas interações fornecem evidências concretas de que inúmeros processos de desterritorialização (no sentido de desacoplamento dos confins do Estado moderno) produzem reações correspondentes de localização.

Esta dinâmica é explicada por Boaventura de Souza Santos (2002, p. 54), nos seguintes termos:

De facto, à medida que a interdependência e as interações globais se intensificam, as relações sociais em geral parecem estar cada vez mais desterritorializadas, abrindo caminho para novos

---

<sup>205</sup> De acordo com os autores, a difusão de redes globais não tem suscitado a insurgência de uma cultura global, em sentido similar à identidade cultural associada à ideia de identidade nacional. Em suas palavras, “[d]espite the vast flows of information, imagery and people around the world, there are few signs of a universal or global culture in the making, and few signs of a decline in the political salience of nationalism.” (HELD; MCGREW, 2003, p. 16).

<sup>206</sup> “Cultural flows are transforming the politics of national identity and the politics of identity more generally. These developments have been interpreted, by some global theorists, as creating a new sense of global belonging and vulnerability which transcends loyalties to the nation-state, that is, to ‘my country right or wrong’ (see, for instance, Falk 1995b).” (HELD; MCGREW, 2003, p. 18)

*direitos às opções*, que atravessam fronteiras até há pouco tempo policiadas pela tradição, pelo nacionalismo, pela linguagem ou pela ideologia, e frequentemente por todos eles em conjunto. Mas, por outro lado, e em aparente contradição com esta tendência, novas identidades regionais, nacionais e locais estão a emergir, construídas em torno de uma nova proeminência dos *direitos às raízes*. Tais localismos<sup>207</sup>, tanto se referem a territórios reais ou imaginados, como a formas de vida e de sociabilidade assentes nas relações face-a-face, na proximidade e na interactividade.

Esta relação (entre o local e o global) não ocorre senão em meio a um conflito permanente o qual, nos dizeres de Boaventura de Souza Santos (2002), processa-se mediante uma “voracidade diferenciadora”. Isto é assim porque todo processo de produção de globalização importa, na lição do autor, no reconhecimento de um “conjunto de trocas desiguais pelo qual um determinado artefacto, condição, entidade ou identidade local estende a sua influência para além das fronteiras nacionais e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outro artefacto, condição, entidade ou identidade rival.” (SANTOS, 2002, p. 63).

Dos termos em que o autor formula sua proposta teórica, afigura-se possível inferir as seguintes implicações: (i) “não existe globalização genuína, aquilo que chamamos de globalização é sempre a globalização bem sucedida de determinados localismos”; (ii) “a globalização pressupõe localização<sup>208</sup>” (SANTOS, 2002, p. 63); por conseguinte, (iii) “a produção da globalização implica, pois, a produção de localização.” (SANTOS, 2002, p. 65).

Nos termos de sua proposta, o modo de produção de globalização produz *quatro formas de globalização*. As duas primeiras identificam-se aos processos que são ínsitos a qualquer processo de difusão

---

<sup>207</sup> O autor agrupa estes localismos em localismos territorializados e translocalizados. Os primeiros, os *localismos territorializados*, são, por exemplo, os protagonizados por povos que, ao fim de séculos de genocídio e de opressão cultural, reivindicam, finalmente com algum êxito, o direito à autodeterminação dentro dos seus territórios ancestrais. Os segundos, os *localismos translocalizados*, tais como os imigrantes árabes em Paris (...). Para estes grupos, o território e a ideia de território, enquanto forma de vida em escala de proximidade, mediação, pertença, partilha e reciprocidade. (...) esta reterritorialização, que usualmente ocorre a um nível infraestatal, pode também ocorrer a um nível supra-estatal. (SANTOS, 2002, p. 54)

<sup>208</sup> O processo que cria o global, enquanto posição dominante nas trocas desiguais, é o mesmo que produz o local, enquanto posição dominada e, portanto, hierarquicamente inferior.

(desterritorialização de determinado localismo) e são definidas nos seguintes termos:

1. *Localismo globalizado*. Consiste no processo pelo qual determinado fenômeno local é globalizado com sucesso, seja a actividade mundial das multinacionais, a transformação da língua inglesa em *língua franca*, a globalização do *fast food* americano ou da sua música popular, ou a adopção mundial das mesmas leis de propriedade intelectual, de patentes ou de telecomunicações promovida agressivamente pelos EUA. (SANTOS, 2002, p. 65).

2. *Globalismo localizado*. Consiste no impacto específico nas condições locais produzido pelas práticas e imperativos transnacionais que decorrem dos localismos globalizados. Para responder a esses imperativos transnacionais, as condições locais são desintegradas, desestruturadas e, eventualmente, reestruturadas sob a forma de inclusão subalterna. (SANTOS, 2002, p. 66).

Por outro lado, as duas últimas formas de globalização identificadas pelo autor representam *movimentos de resistência*. Estas estratégias de resistência (*cosmopolitismo*<sup>209</sup> e *patrimônio comum da humanidade*<sup>210</sup>), carentes de uma articulação institucional prévia, são produzidas a partir de esforços de transformação de “trocas desiguais em trocas de autoridade partilhada, e traduz-se em lutas contra a exclusão, a inclusão subalterna, a dependência, a desintegração, a despromoção.” (SANTOS, 2002, p. 67).

Portanto, não há que se falar em homogeneidade cultural, ou mesmo na possibilidade de construção real de uma identidade global. Isto não significa, porém, negar a existência de vínculos identitários transfronteiriços. Todavia, importa reconhecer serem utópicas as

---

<sup>209</sup> Trata-se da organização transnacional da resistência de Estados-nação, regiões, classes ou grupos sociais vitimizados pelas trocas desiguais de que se alimentam os localismos globalizados e os globalismos localizados, usando em seu benefício as possibilidades de interacção transnacional criadas pelo SMET, incluindo as que decorrem da revolução nas tecnologias de informação e de comunicação. (SANTOS, 2002, p. 69)

<sup>210</sup> “Trata-se de lutas transnacionais pela protecção e desmercadorização de recursos, entidades, artefactos, ambientes considerados essenciais para a sobrevivência digna da humanidade e cuja sustentabilidade só pode ser garantida à escala planetária.” (SANTOS, 2002, p. 70).

propostas em torno de um cosmopolitismo global ou da insurgência de uma cidadania mundial.

Após essa breve incursão sobre os processos de globalização, convém discutir as bases a partir das quais a compreensão das relações de territorialização, desterritorialização e localização e o modelo organizativo até então vigente.

### **3.1.3. Eclipse do modelo de “estado territorial soberano”: do “princípio da territorialidade” para além das fronteiras do Estado-nação.**

Nos termos assumidos por este trabalho, o edifício do Estado-nação erige-se sobre um verdadeiro acoplamento da autoridade pública à noção de território, de forma que o modelo operativo de Estado moderno traduz-se, portanto, na noção de *estado territorial soberano*. Este modelo erige-se com base no princípio da territorialidade, por meio do qual a unidade do Estado-nação foi construída e a pretensão de justa ordenação social foi articulada. Nestes termos, o princípio da territorialidade “presume uma correspondência direta entre sociedade, economia e política dentro de um território nacional exclusivo e limitado”<sup>211</sup> (HELD, McGREW, 2003, p. 8)

Por seu turno, em termos epistemológicos, a territorialidade afigura-se como a unidade metodológica por meio da qual a cartografia do poder distribui a autoridade em termos de unidades territoriais limitadas (*bordered territorial unit*)<sup>212</sup> (SCHOLTE, 2003, p. 89). Adotar esta perspectiva metodológica implica reconhecer, de acordo com Jan Scholte, a existência de um quadro conceitual segundo o qual:

[...] “lugar” refere-se a localização fixa em determinado mapa; “distância” refere-se ao percurso a ser realizado entre os pontos identificados no mapa; e, “fronteira” refere-se à linha, no mapa, que divide segmentos na superfície da terra em favor de cada um. Territorialismo implica que o espaço social macro

<sup>211</sup> Tradução livre de: “That principle [territoriality] presumes a direct correspondence between society, economy and polity within an exclusive and bounded national territory.”

<sup>212</sup> Nas palavras do autor: “Methodological territorialism lies at the heart of mainstream conceptions of geography, economy, governance, community and society. Thus geographers have traditionally conceived of the world in terms of bordered territorial (especially country) units.” (SCHOLTE, 2003, p. 89).

é inteiramente organizado em termos de unidades como distritos, cidades, províncias, países e regiões.<sup>213</sup> (SCHOLTE, 2003, p. 86).

Como antes salientado, os diferentes processos de globalização repercutem diretamente nas formas de organização das diferentes dimensões da vida social (sócio-econômica, política e institucional) e implicam, respectivamente: (i) em relação à *organização sócio-econômica*, na erosão das limitações do tempo e do espaço nos padrões de interação social, suscitando a necessidade de desenvolvimento de padrões de organização social transnacional, a exemplo das redes de produção global e de regimes regulatórios; (ii) em relação à *organização territorial*, no rompimento da relação entre território e espaço político, na medida em que as diferentes interações “já não podem mais ser compreendidas como coincidentes com os limites territoriais nacionais”<sup>214</sup>; e, (iii) em relação à *organização nos padrões de poder*, na reordenação de sua correlação de forças que perpassa a maior parte das regiões do mundo, de tal forma que “os locais-chave do poder e aqueles que lhe são sujeitados encontram-se literalmente separados por oceanos”<sup>215</sup>.

Este conjunto de pressões concorre para a formação de um novo espaço, para além do espaço nacional, caracterizado por sua fluidez e dinamismo, definido por Jan Scholte (2003, p. 85) como *espaço supraterritorial*, como resultado direto do “crescimento de relações supraterritoriais entre os povos”<sup>216</sup>. A insurgência deste novo âmbito espacial importa na reconfiguração do espaço social e reforça o

---

<sup>213</sup> Tradução livre de: “(…), 'place' refers to a fixed location on such a map; 'distance' refers to the length of a track that connects points on this map; and 'border' refers to a line on this map which divides tracts on the earth's surface from each other. Territorialism implies that macro social space is wholly organized in terms of units such as districts, towns, provinces, countries and regions.” (SCHOLTE, 2003, p. 86).

<sup>214</sup> Nas palavras dos autores: “Globalization disrupts this correspondence in so far as social, economic and political activity can no longer be understood as coterminous with national territorial boundaries. This does not mean that territory and place are becoming irrelevant, but rather that, under conditions of contemporary globalization, they are reinvented and reconstructed, that is, increasingly cast in a global context (Castells 1996; Dicken 1998). (HELD; MCGREW, 2003, p. 7-8)

<sup>215</sup> Nas palavras dos autores: “In this respect, it involves a reordering of power relations between and across the world's major regions such that key sites of power and those who are subject to them are literally oceans apart.” (HELD; MCGREW, 2003, p. 8)

<sup>216</sup> Nas palavras da autora: “The proliferation and spread of supraterritorial - or what we can alternatively term 'transworld' or 'trans border' - connections brings an end to what could be called 'territorialism', that is, a situation where social geography is entirely territorial. Although, as already stressed, territory still matters very much in our globalizing world, it no longer constitutes the whole of our geography.” (SCHOLTE, 2003, p. 85)

reconhecimento de que o espaço é uma das “dimensões primárias das relações sociais”,<sup>217</sup>

Jan Scholte (2003, p. 87) defende a necessidade de que seja construído um novo arsenal conceitual que capture o “ponto-chave em questão, o aspecto geográfico” (*the key geographical point at issue*). Entra em cena uma nova dimensão à localização tridimensional do espaço das relações, qual seja, a “globalidade” que introduz, na visão da autora, “um sentido de *simultaneidade e instantaneidade transmundial*, no sentido de um único espaço mundial”.<sup>218</sup>

Esta guinada lança as bases para a construção de uma nova geografia social que dê conta do rompimento tridimensional em curso, ou seja, do acréscimo à geografia tridimensional (longitude, latitude e altitude) de um novo elemento (a globalidade) que conferiria ao espaço uma perspectiva polidimensional. Esta reconfiguração da geografia produz importantes implicações “para as estruturas de produção, governança, comunidade e conhecimento” e “requer uma mudança substancial nas formas como se teoriza e realiza a política” (SCHOLTE, 2003, p. 90).

Jan Scholte (2003, p. 90) reconhece a relevância da territorialidade e defende que as relações globais não se configuram como suas antíteses, do contrário, tanto produzem inúmeras reterritorializações, quanto “articulam-se de alguma forma com espaços territoriais, governos territoriais e identidades territoriais.” Ao fim, propugna que quanto mais intensos os processos de globalização, tanto menos importância tende a ser atribuída à territorialidade.

Apesar da relevância de suas análises e de sua engenhosidade criativa no tocante à articulação das noções de simultaneidade e instantaneidade a um “espaço supraterritorial” acoplado a outras localizações tridimensionais, ao postular esta progressiva redução da importância a ser atribuída à territorialidade (mesmo redimensionada), a

---

<sup>217</sup> Nas palavras da autora: “After all, space is one of the primary dimensions of social relations. (...)The spatial contours of a society strongly influence the nature of production, governance, identity and community in that society - and vice versa. (...)The spatial and other primary aspects of social relations are deeply interconnected and mutually constitutive.” (SCHOLTE, 2003, p. 85).

<sup>218</sup> Nas palavras da autora: “Hence globality in the sense of transworld simultaneity and instantaneity - in the sense of a single world space - refers to something distinctive that other vocabulary does not cover. Some readers may cringe at the apparent jargon of ‘globality’, ‘supraterritoriality’, ‘transworld’ connections and ‘trans border’ relations. Yet preexistent words like ‘international’, ‘supranational’ and ‘transnational’ do not adequately capture the key geographical point at issue. New terminology is unavoidable.” (SCHOLTE, 2003, p. 87).

autora parece ainda adscrever-se a uma identificação entre território e territorialismo, apesar de pretender renunciar a esta identificação.

A insurgência do espaço supraterritorial não prescinde do elemento territorialidade, mas exige sua ressignificação que promova seu desacoplamento de seu correspondente funcional: o “estado territorial soberano”, o modelo de Estado-nação<sup>219</sup>. (KEATING, 2002).

Nestes termos, Michael Keating (2002) reconhece que o território constitui um elemento fundamental na ordem política<sup>220</sup> e atualmente experimenta um processo de mudanças estruturais de natureza funcional, política e normativa, exigindo-lhe esforços de ressignificação.

Quanto à *mudança no aspecto funcional*, ela ocorre tanto nos domínios econômico, quanto cultural. Sua manifestação se materializa através de diferentes processos de reterritorialização, de um lado, através da reinsurgência do interesse nas economias locais e regionais, vistas como motores de mudança no âmbito do sistema global<sup>221</sup>; de outro, através da forma como operam os processos de produção, desenvolvimento e ‘progresso’ cultural que requerem diferentes padrões de interação espacial<sup>222</sup> (*territorially bounded*) e o desenvolvimento de mecanismos institucionais igualmente circunscritos territorialmente. Por fim, sentencia, o autor, “apesar da internet, dos satélites e de toda a parafernália da comunicação moderna, as comunidades linguísticas e culturais veem-se, como nunca, precisando de seu próprio espaço físico.”<sup>223</sup> (KEATING, 2002, p. 6).

Em relação à *mudança no aspecto político*, o autor ressalta que os processos de reterritorialização da política têm sido marcadamente desiguais e impulsionados por diferentes forças. Estes vetores das transformações decorrem tanto da mobilização subnacional, quanto de

---

<sup>219</sup> Com este propósito, o autor sumariza alguns dos fatores de crise experimentados pelo Estado em diferentes dimensões, arguindo em que medida a ideia de territorialidade permanece presente, exigindo, do contrário, a sua ressignificação. (KEATING, 2002)

<sup>220</sup> De acordo com o autor, a dimensão territorial opera como um filtro que, inconscientemente, conforma as análises sobre o fenômeno político. Todavia, a noção de territorialidade acaba sendo obliterada pela presença do Estado. Muito frequentemente, a importância do território é negada, ou reduzida, à mera sobreposição em um determinado espaço a outros fatores (KEATING, 2002, p. 4).

<sup>221</sup> “Space is no longer a matter of mere topography but takes on a social and cultural meaning, which sustains different types of market economy and different degrees of competitiveness. Regions and localities have thus emerged as new spaces of production which, in a globalising economy, must compete against each other to gain advantage.” (KEATING, 2002, p. 6)

<sup>222</sup> Tratam-se de transformações tanto subnacionais, e.g. Quebec, quanto globais, em face da difusão dos direitos humanos.

<sup>223</sup> Tradução livre de: “despite the internet, satellites and the whole paraphernalia of modern communication, linguistic and cultural communities seem more than ever in need of their own physical space.” (KEATING, 2002, p. 6).

processos de integração supraestatal<sup>224</sup>. Tais fatores concorrem para que o autor afirme que “novas ligações entre território e função têm se evidenciado, já que os estudiosos têm identificados novos sistemas funcionais emergindo acima, abaixo e por entre o Estado-nação.”<sup>225</sup> (KEATING, 2002, p. 6).

Por fim, no tocante à *mudança no aspecto institucional*, a criação de agências supranacionais e, no plano dos Estados, de governos intermediários (*intermediate, regional, or ‘meso’ government*) (KEATING, 2002, p. 9) concorrem para a consolidação de processos de transferência funcional de competências e de descentralização funcional das instâncias governamentais. Concomitantemente e, em algumas situações, como principais motores, percebe-se a ocorrência de um deslocamento das fronteiras entre o governo, o mercado e a sociedade civil (KEATING, 2002, p. 10), colocando em xeque a dupla diferenciação operada pela modernidade (mas nunca resolvida) entre espaço público e privado e entre as fronteiras do Estado e o seu entorno.

Nos termos aqui apresentados, para os fins deste trabalho, a territorialidade como princípio organizativo demanda por sua reinvenção, por um processo de profunda ressignificação a fim de que seja reorganizada “em diversos espaços segmentados e entrelaçados” (FARIA, 1999, p. 324).

Para finalizar este tópico, já como prenúncio acerca do problema da regulação a ser enfrentado adiante, recupera-se a lição de José Eduardo Faria no tocante ao impacto sobre a capacidade regulatória do direito decorrente dos processos de desestabilização do modelo de estado territorial soberano. Para ele, estes fatores de desestabilização decorrem de um processo de progressiva fragmentação e multiplicação de arenas decisórias, em distintos níveis e lugares e acabam:

- (a) comprometendo a “centralidade” e a “exclusividade” do direito positivo; (b) criando grandes obstáculos para a efetividade dos controles democráticos tradicionais; (c) conduzindo à proliferação de centros decisórios com distintos graus de poder coercitivo; (d)

---

<sup>224</sup> No âmbito europeu, o debate em torno da ausência de um *demos* resulta de uma equivocada tentativa de compreensão do espaço de integração política europeia a partir da projeção do paradigma do Estado-nação. De acordo com o autor, a identidade europeia deve ser “combinada com diferentes formas de identidade estatal e sub-estatal” (KEATING, 2002, p. 8).

<sup>225</sup> Tradução livre de: “In recent years, new links between territory and function have become apparent as scholars have identified new functional systems emerging above, below and across the nation state.” (KEATING, 2002, p. 5)

abrindo caminho, por consequência, para uma explosão de instâncias geradoras de normatividade; (e) produzindo regras jurídicas com as feições antes das de um *contrato negocial* do que das de um *estatuto imperativo*; e, (f) fazendo do universo político-institucional uma [complicada miscelânea de questões em áreas ou setores políticos, em que convivem uma multiplicidade de grupos (estados, fragmentos burocráticos de estados, corporações transnacionais, organizações transnacionais, organizações internacionais, indivíduos, etc)]. (FARIA, 1999, p. 324-325)

A imagem de um *patchwork* (miscelânea) se coaduna, em grande medida, com a descrição feita por Neil Walker (2008a), acerca da insurgência de uma “desordem de ordens jurídicas” que, subvertendo a ideia de hierarquização ordenadora que estruturou o sistema de Estados em bases territoriais, permite o reconhecimento de que não pode mais existir um único padrão de interação capaz de definir e abarcar todas as formas de inter-relação entre ordens jurídicas.

Nestes termos, a unidade territorial deixa de ser o critério de ordenação social proeminente, para conviver com novos espaços de regulação transnacional.

### 3.2. A PERDA DA CENTRALIDADE DO ESTADO COMO AGENTE DE REGULAÇÃO SOCIAL NOS PLANOS INTERNO E INTERNACIONAL

A tese do fim dos estados-nação tem mais de um século (MÖLLERS, 2004)<sup>226</sup>. Em que pese ser suscitada em contextos e por fundamentos radicalmente distintos, esta postulação não é uma novidade contemporânea.

---

<sup>226</sup> “Coming from French syndicalists, such as Léon Duguit, and British Pluralists, such as young Harold J Laski, this narrative made a long theoretical journey, appearing throughout Carl Schmitt’s oeuvre. But if one takes the old texts of early theorists such as Duguit and Laski and replace words like ‘trade unions’ or ‘Catholic church’ with words like ‘multi-national corporation’ or ‘non-governmental organisation’, you will be struck by how ‘contemporary’ this discourse really is: the theory has changed very little in the last hundred years, although the political and institutional background is totally different. The narration of its history could help the actual discussion to put itself into a context and to question clichés about the institutional development.” (MÖLLERS, 2004, p. 331).

Não há dúvidas de que se está diante de processos de mudanças significativas no sistema interestatal que comprimem e desafiam a capacidade regulatória do Estado enquanto “unidade privilegiada e exclusiva da gestão econômica, direção política, controle social e iniciativa legislativa” (FARIA, 1999, p. 39) e corroem a capacidade de controle das interações e fluxos transfronteiriços de “pessoas, bens, capital ou ideias, como o fez no passado.” (SANTOS, 2002, p. 36). Ambas as situações concorrem para uma “perda da centralidade das práticas interestatais” e uma significativa alteração dos seus “padrões de institucionalidade”<sup>227</sup>. (SANTOS, 2002, p. 62). Todavia, não se pode prescindir do Estado, mesmo quando se tem em mente os regimes jurídicos que se impõem independentemente do Estado, até mesmo porque são os Estados-nação que “produzem claramente um ambiente normativo, o qual se constitui como condição para estas diferentes formas de governança transnacional ‘privada’<sup>228</sup>”. (MÖLLERS, 2004, p. 333).

Este debate, em certo sentido, vem sendo dificultado por aquilo que Michael Keating (2002, p. 3) chamou de “obsessão moderna” em torno da figura do Estado e dos padrões de territorialidade a ele vinculados. Ademais, as próprias transformações levadas a cabo no curso dos processos de globalização, encerram inúmeras contradições quanto à (ir)relevância da figura do Estado, uma vez que incluem “tanto *processos de estatização* – a tal ponto que se pode afirmar que os Estados nunca foram tão importantes como hoje – como *processos de desestatização* em que interações, redes e fluxos transnacionais da maior importância ocorrem sem qualquer interferência significativa do Estado”. (SANTOS, 2002, p. 54)

Neste cenário, ao se colocar em relevo os impactos das globalizações na dimensão política do modelo organizacional consolidado ao longo da modernidade, impõe-se a tarefa de repensar o

---

<sup>227</sup> “Uma das diferenças mais significativas do SMET [Sistema Mundial em Transição] em relação ao SMM [Sistema Mundial Moderno] é a relativa perda de centralidade das práticas interestatais em face do avanço e do aprofundamento das práticas capitalistas globais e das práticas sociais e culturais transnacionais. Essa perda de centralidade traduz-se na maior interferência a que as práticas interestatais estão sujeitas por parte das outras constelações de práticas.

Tal interferência provoca alterações internas na institucionalidade das práticas interestatais. Por exemplo, as agências financeiras multilaterais adquirem crescente proeminência em relação aos Estados; e o mesmo ocorre nas formas de direito com a sobreposição do direito de integração regional ao direito nacional.” (SANTOS, 2002, p. 62).

<sup>228</sup> “Nation-states are not the main actors in these contexts, although they clearly produce a normative environment which is the condition for these forms of ‘private’ transnational governance.” (MÖLLERS, 2004, p. 333).

Estado, a partir de ressignificações do princípio da territorialidade e do fator de contenção que as suas fronteiras físicas ainda representam. Com este desiderato, são comumente levantadas três questões que enfrentam o significado político das globalizações: (i) os desafios à capacidade decisória, reguladora e de controle do Estado; (ii) a intensificação das relações de interdependência e a interação de novos atores nas arenas políticas transnacionais; e, (iii) a constituição de complexos regulatórios independentemente do Estado nos planos interno, internacional e transnacional.

As duas primeiras questões serão enfrentadas especificamente nas próximas seções, 3.2.1 e 3.2.2, respectivamente. Enquanto que o problema da regulação que excede as fronteiras do Estado será objeto específico da análise do capítulo 4, adiante.

### **3.2.1. Crise da capacidade regulatória do Estado no plano doméstico**

Como salientado, um dos desafios postos pelas globalizações no domínio político consiste na erosão (ou melhor, redefinição) da capacidade decisória e reguladora do Estado, isto é, da sua capacidade de empreender controle efetivo dos fluxos de interação social (bens, capital, pessoas, ideias, informação). Tais compressões suscitam o problema acerca do papel a ser desempenhado pelo Estado e o tipo de políticas nacionais possíveis (desejáveis) ante este quadro de aparente desestruturação de sua autoridade e do seu grau de autonomia decisória.

Em que pese o debate ainda recorrente sobre o fim do Estado e a perda de sua centralidade<sup>229</sup>, “o Estado continua e continuará no futuro previsível como um ator-chave, na verdade o principal ator em parte significativa das questões de governança, em razão de seu até ao momento indisputado monopólio do uso legítimo da violência e do

---

<sup>229</sup> “The most frustrating part of the vast literature on globalisation and contemporary international relations may be the part that asks in entirely abstract terms whether the state is ‘in retreat’, in the face of international and transnational pressures. Ultimately it is not helpful to speak generally about the ‘demise’ or ‘collapse’ of the nation state or about a ‘shrinking’ domain of state authority; nor to claim that ‘the state is about over as an economic unit’ or, conversely, that this is ‘more than ever a world of nation-states’, that the state is ‘indispensable and irreplaceable’ for global business, or that ‘the market depends on modern sovereignty’. Such blanket claims are commonplace but states are very diverse in nature and their regulatory capacities and energies may vary dramatically depending on what regulatory functions are being considered. All this is a matter for empirical study.” (COTTERRELL, 2009, p. 6-7, referências suprimidas).

direito de representar, ou seja, agir em nome de uma comunidade política.” (BENTO, 2007, p. 169).

As narrativas em torno do fim do Estado constroem-se sob uma percepção equivocada da soberania a partir de seu conceito absoluto<sup>230</sup>, que não condiz nem com o desenvolvimento histórico do Estado-nação, nem com a pluralidade de estruturas administrativas de comando e controle da Administração. “O Estado-nação é confrontado com expectativas que nunca se esperou que ele pudesse preencher.”<sup>231</sup> (MÖLLERS, 2004, p. 332). Desta forma, o grande desafio que se apresenta à Teoria do Estado consiste em “dar conta dessa ruptura entre a soberania *formal* do Estado e sua autonomia decisória *substantiva*, por um lado, e da subsequente recomposição do sistema de poder provocada pelo fenômeno da globalização, por outro.” (FARIA, 1999, p. 23-24).

Como antes salientado, as relações de poder no espaço territorial do Estado são confrontadas por inúmeras tendências que, de alguma forma, deslocam parte do poder político, centrando na figura do Estado-nação, para outras dimensões espaciais. É possível, com Boaventura de Souza Santos, identificar três tendências de deslocamento (desterritorialização) do Estado: (i) a sua *desnacionalização* que consiste em uma espécie de esvaziamento do aparelho do Estado decorrente de reestruturação funcional por que atravessa o Estado por conta da alteração do modelo territorial de organização (criação de esferas decisórias em instâncias subnacionais e supranacionais); (ii) a *de-estatalização* “dos regimes políticos reflectida na transição do conceito de governo (government) para o de governação (governança)”, em meio ao qual o aparelho estatal passa a assumir tarefas de coordenação (redefinição das estruturas de hierarquização de autoridades no plano doméstico); e, ainda, (iii) uma tendência de *internacionalização* do Estado nacional “expressa no aumento do impacto estratégico do contexto internacional na actuação do Estado” (que se materializa na impossibilidade substantiva de que o Estado se oponha a decisões exaradas de outras instâncias fora do Estado). (SANTOS, 2002, p. 37-38)

<sup>230</sup> Sobre as múltiplas dimensões do conceito de soberania, cf. a seção 1.1.2.

<sup>231</sup> Tradução livre de: “The nation-state is confronted with expectations that it was never expected to fulfill.”. A fim de explicar o sentido em que o autor questiona a forma como as narrativas do fim-do-estado pretendem “provar” suas teses, colhe-se trecho do autor: “They observe co-operation and co-ordination, private actors crossing boundaries and transnational committees gaining a normative existence of their own, they compare these observations with the concept of undivided state sovereignty and remark that this concept is flawed nowadays. This diagnosis [...] is used in many contributions as a proof of the end-of-the-state narrative.” (MÖLLERS, 2004, p. 332).

Estas tendências colocam em questão a “unidade” do Estado, tanto em relação ao que José Eduardo Faria (1999, p. 32) denomina de “comportamento unitário da esfera pública”, quanto em relação à identificação entre o Direito e o Estado veiculado através do princípio da territorialidade. O “comportamento unitário da esfera pública” vê-se confrontado pela “extrema diversidade de interesses privados e do crescente número de decisões econômicas tomadas fora do alcance de sua jurisdição funcional e de suas fronteiras territoriais.” (FARIA, 1999, p. 32). O espaço público passa a ser integrado com forças não-estatais e em espaços de deliberação igualmente não-estatais. Por sua vez, a ideia de unidade sistemática do Direito, concebida como desdobramento dos postulados da unidade, coerência e completude, cede espaço frente a mais um desacoplamento, agora, entre a identificação moderna que liga o Direito ao Estado.

Estes processos de redefinição funcional das tarefas do Estado, de acordo com a literatura sobre a globalização, são fortemente pressionados por mudanças estruturais na economia mundial e no correlato modelo de intervenção que se espera do Estado.

As crises da década de 70 anteciparam um processo de mudança na estrutura da “ordem mundial”. A organização econômica do pós-guerra cede lugar a uma economia globalizada. A primeira, caracteriza-se “pela utilização do direito como instrumento de controle, gestão e direção, pela participação direta do setor público como agente financiador, produtor e distribuidor” (FARIA, 1999, p. 110) e veicula uma concepção intervencionista de Estado que opera a partir de “políticas sociais formuladas com o objetivo de assegurar patamares mínimos de igualdade” (FARIA, 1999, p. 111). A segunda, economia globalizada, afirma-se “a partir da retomada dos fluxos privados de acumulação de capital e é progressivamente marcada pela desregulação dos mercados, pela ‘financeirização’ do capital, pela extinção dos monopólios estatais, pela privatização de empresas públicas, pela desterritorialização da produção e por uma nova divisão social do trabalho.” (FARIA, 1999, p. 111).

A afirmação desta nova lógica (economia globalizada) mina as bases de sustentação do modelo keynesiano de Estado<sup>232</sup>, duramente

---

<sup>232</sup> José Eduardo Faria (1999, p. 123), valendo-se de sinônimos autoexplicativos, chama o Estado keynesiano também de Estado “intervencionista, regulador ou ‘providenciário’”. Segundo o autor, trata-se de modelo de Estado que tem por objetivo formular, implementar e executar políticas macroeconômicas para a expansão capitalista, intervindo para concretizar o crescimento econômico e a redução de desemprego. Este modelo de Estado (vestfaliano-keynesiano) fornece, de acordo com Nancy Fraser (2009), o balizamento para que se possa

questionado por conta da onda neoliberalizante trazida à tona com a difusão do chamado consenso de Washington. As premissas estruturantes deste conjunto de ideias, em relação à (re)organização política dos Estados, assentam-se sob três consensos dominantes: o consenso do Estado fraco<sup>233</sup>; o consenso da democracia liberal<sup>234</sup>; o consenso do primado do direito e do sistema judicial<sup>235</sup>. (SANTOS, 2002, p. 41).

Ante esse cenário de crise e de esgotamento econômico do modelo centrado na atuação planificadora do Estado, operou-se uma disfuncionalidade crescente do Estado (social e regulador) e de seu instrumental normativo.

José Eduardo Faria (1999, p. 112) relata que esta crise é comumente associada, “tanto à incapacidade de planejar racionalmente sua intervenção, quanto de produzir respostas eficientes e coerentes ao conjunto disperso e contraditório de tensões, conflitos e demandas.” (FARIA, 1999, p. 112). Esta crise de regulação vem sendo chamada, pelos cientistas políticos, como “crise de governabilidade”<sup>236</sup> e, pelos sociológicos e teóricos do direito, de “inflação legislativa”, “juridificação” (ou sobrejuridificação) e “trilema regulatório”. (FARIA, 1999, p. 117).

---

compreender e articular as demandas por uma justa ordenação social (política de reconhecimento de direitos e de formulação de critérios de distribuição de justiça).

<sup>233</sup> “O *consenso do Estado fraco* é, sem dúvida, o mais central e dele há ampla prova no que ficou descrito acima. Na sua base está a ideia de que o Estado é o oposto da sociedade civil e potencialmente o seu inimigo. [...] é, de todos os consensos neoliberais, o mais frágil e mais sujeito a contestações”. (SANTOS, 2002, p. 41).

<sup>234</sup> “O *consenso da democracia liberal* visa dar forma política ao Estado fraco, mais uma vez recorrendo à teoria política liberal que particularmente nos seus primórdios defendera a convergência necessária entre liberdade política e liberdade econômica, as eleições livres e mercados livres como os dois lados da mesma moeda.” (SANTOS, 2002, p. 42)

<sup>235</sup> “O *consenso sobre o primado do direito e do sistema judicial* é uma das componentes essenciais da nova forma política do Estado e é também o que melhor procura vincular a globalização política à globalização econômica. [...] Num modelo assente nas privatizações, na iniciativa privada e na primazia dos mercados o princípio da ordem, da previsibilidade e da confiança não pode vir do comando do Estado. Só pode vir do direito e do sistema judicial, um conjunto de instituições independentes e universais que criam expectativas normativamente fundadas e resolvem litígios em função de quadros legais presumivelmente conhecidos de todos.” (SANTOS, 2002, p. 43).

<sup>236</sup> “A noção de governabilidade tem sido associada à incapacidade de um governo ou de uma estrutura de poder formular e de tomar decisões no momento oportuno, sob a forma de programas econômicos, políticas públicas e planos administrativos, e de implementá-las de modo efetivo, em face de uma crescente sobrecarga de expectativas, de problemas institucionais, de clivagens políticas, de conflitos sociais e de demandas econômicas.” (FARIA, 1999, p. 118-119).

A crise de governabilidade (ingovernabilidade sistêmica) define-se pela “perda da capacidade normativa de gestão, promoção, controle, direção e planejamento dos sistemas econômico, social e político por parte do Estado” (FARIA, 1999, p. 134). Esta crise instaura-se à medida que inúmeros dos seus fatores de estabilidade jurídico-institucional<sup>237</sup> do Estado veem-se paralisados. Entre as consequências decorrentes da incapacidade decisória derivada da “ingovernabilidade sistêmica”, José Eduardo Faria (1999, p. 119) adverte sobre os riscos de “uma frustração explosiva, disfuncional e desestabilizadora da ordem jurídico-institucional”.

A outra face da crise de governabilidade, seus *desdobramentos jurídicos*, está associada ao rompimento da racionalidade sistêmica dos ordenamentos jurídicos e na incapacidade destes de fornecerem respostas rápidas e eficientes às demandas crescentes por produção legislativa.

Paradoxalmente, de um lado, o aumento da atividade legislativa do Estado multiplica as regulações e povoa os marcos regulatórios de particularidades e de pragmatismos que pervertem a sistematicidade racional-abstrata dos códigos; por outro lado, “quanto mais [o direito] procura disciplinar e regular todos os espaços, dimensões e temporalidade do sistema sócio-econômico, menos o Estado intervencionista parece capaz de mobilizar coerentemente os instrumentos normativos de que formalmente dispõe”. (FARIA, 1999, p. 128).

Esta dimensão da crise de governabilidade manifesta-se através de três sinais eloquentes: (i) por um processo de *inflação legislativa*<sup>238</sup>; (ii) pela *juridificação (tribunalização) da política*<sup>239</sup>; e, (iii) pelo

---

<sup>237</sup> Entre tais fatores de estabilidade, podem ser elencados: “(i) coerência das decisões através do tempo; (ii) eficácia de suas políticas públicas, encarada na perspectiva da consecução dos resultados em conformidade com os objetivos previamente definidos; (iii) a efetividade de suas medidas, em termos de sua aceitação social, que pode ir da simples aquiescência e reação passiva dos destinatários até o apoio ativo e organizado” (FARIA, 1999, p. 121-122).

<sup>238</sup> A inflação legislativa está associada à multiplicação dos instrumentos regulatórios. Esta profusão de normas acaba por “ampliar significativamente o espaço de discricionariedade judicial” (FARIA, 1999, p. 130) e, por via de consequência, concorre para uma “desvalorização progressiva do próprio direito positivo, impedindo-o assim de exercer suas funções reguladoras e controladoras básicas por meio de suas normas, suas leis e seus códigos” (FARIA, 1999, p. 133)

<sup>239</sup> “De um ponto de vista mais analítico, o aspecto relevante na “juridificação” é que ela torna possível identificar a extensão ou o alcance da erosão das instituições jurídicas do Estado social ou intervencionista para muito além do problema do crescimento desordenado de normas originariamente elaboradas para responder a situações particulares e muito específicas. (...) a “juridificação” também permite identificar com relativa precisão o momento em que as disfuncionalidades, as incongruências e as contradições acumuladas conduzem o direito

chamado *trilema regulatório* decorrente de uma progressiva “indiferença recíproca entre o direito e a sociedade”,<sup>240</sup> de uma tentativa de “colonização da sociedade por parte das leis”,<sup>241</sup> e da crescente desintegração do direito por parte da sociedade. (FARIA, 1999, p. 137).

De acordo com a literatura tradicional sobre os processos de globalização, três são suas dimensões associadas à integração dos mercados que concorrem para a limitação da autonomia decisória dos Estados: liberalização do comércio internacional, mobilidade do capital financeiro e transnacionalização da produção. Nestes termos, a autonomia decisória dos Estados em formular políticas públicas vê-se significativamente limitada, em especial, no tocante à regulação macroeconômica e às políticas de bem-estar social. (BENTO, 2007, p. 169).

Em que pese tais restrições significativas, definitivamente não se pode falar em *perda da capacidade* decisória do Estado, nem diminuição de sua importância, mas de uma profunda alteração de suas funções.

Entre essas transformações destacam-se: (i) a necessidade de redimensionamento de sua soberania (no sentido de admissão de restrições e barganhas); (ii) a retirada do Estado das políticas keynesianas de bem-estar social; (iii) a redefinição do uso da força militar; (iv) a devolução e o compartilhamento de funções com outros níveis de governança (supra e subnacionais).

Tem-se que os Estados passam a direcionar sua atuação, no plano interno, com os olhos voltados para a promoção da competitividade da economia nacional e para a sua inserção no mercado global. Isto contribui, inclusive, para que Susan Strange (2003) conteste duramente,

regulatório aos seus próprios limites de eficácia, a partir dos quais suas regras são irrelevantes e, portanto, ignoradas por seus destinatários; ou, então, são relevantes, mas produzem efeitos altamente desagregadores na sociedade; ou, por fim, multiplicam as tensões antinômicas no interior do próprio sistema jurídico, levando-o deste modo ao nível de uma inexorável ruptura.” (FARIA, 1999, p. 136-137).

<sup>240</sup> “por causa do alto grau de diferenciação estrutural e funcional das sociedades contemporâneas, cada um de seus subsistemas sociais tenderia a respeitar basicamente as regras forjadas em seu interior e, por consequência, a desprezar as normas jurídicas emanadas do poder central do Estado. Ou seja: quanto mais complexos são os sistemas sociais, menores seriam a autoridade institucional do Estado e a efetividade de seu instrumental jurídico, em termos de controle direto das inúmeras interações entre indivíduos, organizações, grupos, classes, comunidades e coletividades” (FARIA, 1999, p. 138).

<sup>241</sup> “por causa da sua dimensão cada vez mais teleológica ou finalística, de sua natureza altamente especializada e de suas crescentes intervenções “protetoras” (...), o direito positivo tenderia a tratar com categorias excessivamente “particularizantes” as relações sociais básicas, destruindo assim sua autenticidade e minando sua própria identidade”. (FARIA, 1999, p. 138).

com base em elementos empíricos, a narrativa em torno da “perda de importância” do Estado.

De acordo com a autora, (i) a intervenção do Estado e de suas agências na vida diária da população parece estar aumentando ainda mais; (ii) apesar da diminuição do poder “real” dos Estados, cresce o número de demandas por reconhecimento de Estados; e, (iii) o vazio da autoridade do Estado afigura-se muito mais como um fenômeno ocidental, já que inúmeras experiências políticas asiáticas parecem contradizer a esta lógica. Estes elementos fornecem indícios a partir dos quais a autora defende que se está diante de um desequilíbrio ainda mais acentuado entre *Estado, mercado e sociedade*. (STRANGE, 2003, p. 133). Isto coloca em xeque a feição dramática acerca das exclusões e diferenciações, as quais, produzidas em escala amplificadas, afiguram-se como efeito “colateral” destes processos de globalização (HELD; MCGREW, 2003).

Os processos de desterritorialização das interações sociais, nos campos econômico, cultural e ambiental, desencadeados pela globalização deslocaram *parcialmente* o Estado como sítio predominante de regulação e exercício de governança. Esse deslocamento manifesta-se de dois modos principais. De um lado, a governança exercida pelo setor público tornou-se, por assim dizer, *multinivelada*, isto é, compartilhada por diversos níveis de comunidade, da localidade ao espaço mundial. Com efeito, os processos transnacionais provocaram a realocação de competências regulatórias tanto “para baixo”, ou seja, descentralizando a autoridade para o âmbito provincial ou municipal, quanto “para cima”, isto é, para esferas de autoridade intergovernamentais ou supranacionais, em âmbito regional ou global. Por outro lado, a globalização encorajou a proliferação da atividade regulatória por parte de *novos atores não-estatais*. A governança privada, com a participação de organizações não-governamentais e de corporações multinacionais, ora ocupa os espaços deixados pelos atores públicos, ora sobrepõe-se à regulação pública, ora mesmo compete ou coopera com ela.

### 3.2.2. Governança global e as bases institucionais para a constituição de um “espaço público transnacional”

O termo governança<sup>242</sup> vem sendo utilizado em múltiplos sentidos<sup>243</sup>. Tais sentidos, em certa medida, veiculam a ideia básica segundo a qual “o governo, identificado com a forma estatal hierárquica tradicional, vem dando lugar a um universo de autoridade difusa (*diffused authority*) na qual as fronteiras entre o público e o privado esvanecem-se”. (KEATING, 2002, p. 13).

Governança global, portanto, de acordo com a fórmula de Rosenau (2000, p. 16), é “ordem mais intencionalidade”. É o conjunto das decisões e entendimentos, algumas carregadas de tensões políticas, outras marcadamente técnicas e burocráticas, mas todas produto da convergência de interesses e expectativas de diversos atores, que sustentam a ordem mundial. (BENTO, 2007, p. 226).

As definições de governança global apresentadas apontam todas para um deslocamento da autoridade, das estruturas políticas nacionais para esferas de decisão situadas além e aquém delas, reforçando a importância das (e a interpenetração entre as) vidas políticas internacional e local. Com efeito, as instituições internacionais vêm se tornando cada vez mais presentes, em seu impacto sobre a vida cotidiana, ao mesmo tempo em que um número progressivamente maior de questões locais exige respostas globais, em um mundo marcado pela interdependência. (BENTO, 2007, p. 231-232).

A governança global está diretamente associada à intensificação das *relações de interdependência* e à interação multifacetada de *novos atores* nas diferentes arenas políticas.

O processo de intensificação das *relações de interdependência* está associado à emergência de riscos e problemas globais, que não podem ser adequadamente enfrentados pela iniciativa individual dos governos, mas exige ação conjunta. Isso coloca a necessidade de cooperação internacional e de instituições e regimes internacionais, isto

---

<sup>242</sup> “A ideia de governança foi lançada na teoria das relações internacionais no final da década de oitenta. De lá para cá, ao invés de precisar progressivamente seu significado e delimitar o seu uso, seu conteúdo semântico se expandiu e adquiriu diversos significados na literatura, ora com pretensões mais modestas, aproximando-se do conceito de regimes, ora mais ambicioso, equiparando-se ao conceito de ordem mundial.” (BENTO, 2007, p. 221).

<sup>243</sup>R. Rhodes (1996 apud KEATING, 2002, p. 13) identifica a existência de pelo menos seis sentidos diferentes atribuíveis à expressão “governança” (*governance*).

é, estruturas de governança para além do Estado, que facilitem a coordenação política.

Este processo, designado por Kehoane e Nye Jr (2003) como *interdependência complexa* encerra três características distintas: (i) a insurgência de múltiplos canais de interação política, compreendendo relações formais e informais entre elites governamentais e laços formais e informais entre atores não-estatais transnacionais. Isso significa que, além das tradicionais relações “inter-nacionais” (isto é, “inter-estatais”) coexistem relações transgovernamentais, que envolvem setores específicos das burocracias de diversos Estados; transnacionais, de que participam atores não-estatais, sejam eles organizações não-governamentais ou corporações multinacionais; (ii) a *agenda* das relações internacionais, em condições de interdependência complexa, compreende uma série de novos temas, os quais não podem ser arranjados em uma hierarquia clara e consistente e a *distinção entre política internacional e política interna vem perdendo consistência*, conforme assuntos tradicionalmente domésticos vão penetrando na agenda internacional. Em decorrência, a política externa passa a ser preocupação de vários setores da burocracia estatal e não apenas do corpo diplomático oficial. Uma política externa coerente exige, portanto, a coordenação entre diversos temas dentro do governo e entre eles. Cada tema trabalhado implica diferentes alianças e diversos graus de cooperação e conflito; e, por fim, (iii) a *força militar* deixa de ser um instrumento efetivo de política. Ao menos entre Estados imersos em densas relações econômicas, políticas e culturais, a solução de conflitos mediante guerra tem custos proibitivos. Com efeito, as forças armadas possuem um papel irrelevante nas relações entre os maiores Estados democráticos. Fora desse círculo, contudo, o recurso à força armada continua uma opção, unilateralmente ou em aliança, entre regiões onde não prevalece esse tipo de interdependência.

Os mesmos autores apontam ainda quatro consequências para o processo político que se desenrola em um cenário de interdependência complexa. (KEOHANE; NYE Jr, 2003, p. 26-30)

Em primeiro lugar, a *relativização das hierarquias*. Na ausência de uma hierarquia clara de temas na agenda política internacional, cada setor da burocracia estabelece suas próprias prioridades e metas, o que torna a coerência da política externa um desafio para os governos, principalmente diante da crescente participação de atores não-governamentais, que buscam introduzir objetivos novos sobre cada tema da agenda.

Em segundo lugar, à medida que declinam o uso da força e a hierarquia de temas na política internacional sob interdependência complexa, o *processo de formação da agenda*, isto é, o processo pelo qual determinados assuntos ganham atenção continuada da comunidade internacional adquire uma dimensão estratégica crucial.

A terceira consequência da interdependência complexa para a política mundial decorre das anteriores e tem a ver com a *diluição da fronteira entre a política doméstica e a política internacional*. Esse fato alimenta a atividade política transnacional e transgovernamental. O Estado perde a sua unidade interna e se torna multifacetado e fragmentado. Nesse sentido, Anne-Marie Slaughter (2004a) chama a atenção para o surgimento da “nova diplomacia”, que conduz à formação de coalizões entre setores da burocracia estatal de diversos países, que celebram acordos sobre temas específicos.

Por fim, a quarta consequência que a interdependência complexa provoca na política mundial é o *maior estímulo à institucionalização*, ou seja, à *constituição de regimes e organizações internacionais*, à medida que o fato mesmo da interdependência ingressa na agenda. De forma crescente os governos vêm sendo levados a confiar na diplomacia multilateral e em instituições como forma de coordenar suas políticas e lidar com os custos provocados pela interdependência.

A caracterização da ordem mundial contemporânea como de interdependência complexa assimétrica apresenta profundas implicações para a atividade estatal, mais particularmente para a relação entre o papel da política nacional, no contexto da globalização, e sua relação com a política global.

Por seu turno, as novas tecnologias e a maior interconectividade proporcionadas pela globalização capacitaram *novos atores* para a participação na política internacional, os quais vêm ocupando um espaço cada vez mais relevante, como atores independentes, parceiros ou até críticos dos atores tradicionais.

A participação cada vez mais significativa de atores não-estatais na política mundial leva ativistas e acadêmicos a propor uma nova ordem mundial, baseada numa democracia e numa cidadania mundial, principalmente na medida em que a vida cotidiana dos cidadãos é cada vez mais influenciada por eventos e decisões ocorridas sem a intervenção de seus representantes eleitos e das instituições internas.

Contudo, não obstante as significativas transformações apontadas acima, é importante observar os elementos de continuidade preservados nos novos mecanismos de governança. Com efeito, nem a dispersão e fragmentação da autoridade pública, nem a emergência da regulação

privada deslocou os princípios basilares de uma administração burocrática racional.

A governança permanece associada primordialmente com mecanismos de tomada de decisões estruturados em organizações de larga escala, relativamente permanentes, com alto grau de formalização de suas normas, com graus variados de hierarquia administrativa e gerenciadas de modo impessoal (SCHOLTE, 2003). A integração do Estado em uma economia global competitiva, a descentralização, e a atividade de organizações internacionais e agências de regulação privadas em geral reproduziram, ao invés de desafiar, os princípios mais gerais de organização burocrática.

Em síntese, este item pretendeu comprovar a assertiva segundo a qual o Estado, após séculos de agir inquestionavelmente soberano, perdeu centralidade como agente de regulação social, não somente no plano interno, mas também, e, sobretudo, no âmbito externo, de onde sofre cada vez mais pressão. Viu-se que os processos de globalização pressionaram a tal ponto o Estado soberano que ele se viu obrigado a reformular seus “padrões de institucionalidade”. (SANTOS, 2002, p. 62). Todavia, e faz-se necessário frisar, a perda de centralidade do Estado em nada significa seu fim ou sua retirada de cena. Ao contrário do que uma leitura apressada pode levar a crer, nenhum dos processos de globalização pode prescindir do Estado e da ambientação – sobretudo normativa – que ele fornece. Ainda que não se trate de uma máxima irrefutável, pois é possível, como se verá adiante, que o direito transnacional atue fora do Estado ou indiferentemente a ele, não podem as organizações e entidades que movem o direito transnacional prescindir – sempre – da ambientação normativa que o Estado lhe confere.

### 3.3. INSURGÊNCIA DE “ESPAÇOS DE REGULAÇÃO TRANSNACIONAL”

Sem enfrentar, neste momento, a questão teórica sobre a pluralidade de ordens normativas<sup>244</sup> adscritas a estes espaços plúrimos de regulação transnacional, incumbe agora discorrer brevemente sobre duas ideias correlatas que são evocadas pela expressão “espaços de regulação transnacional”: a *primeira*, relacionada à definição dos

---

<sup>244</sup> Cf. itens 4.1 e 5.2

espaços transnacionais e à forma como estas arenas decisórias produzem regulação; a *segunda*, relacionada ao direito produzido por intermédio das redes de interação (comumente chamado de “direito transnacional”).

### 3.3.1. Inventários sobre os “espaços transnacionais” e sobre “o direito transnacional”

Esta seção tem por objetivo a identificação do debate em torno destas duas expressões (“espaços transnacionais” e “direito transnacional”) e a subsequente definição dos sentidos que lhe são assumidos neste trabalho. Antes, porém, convém chamar atenção para o fato de que este processo de difusão de esferas de regulação transnacional é fortemente associado à expansão de regimes privados (LEVIT, 2008), cuja expansão é tributária do espraiamento da atuação das corporações transnacionais e das instituições do mercado financeiro (FARIA, 1999). Neste sentido, inúmeras são as leituras que, a exemplo do que ocorre com os processos de globalização, conferem uma ênfase acentuada em sublinhar a existência de lógica econômica<sup>245</sup> que exerce uma espécie de *vis directiva*<sup>246</sup> deste processo de expansão.

Reproduz-se aqui a mesma advertência feita em relação aos processos de globalização: os atores, os mecanismos e os âmbitos materiais de regulação transnacional transcendem, em muito, a sua dimensão estritamente econômica. Estes fenômenos veiculam uma profusão de padrões de organização e importam no esgotamento de

---

<sup>245</sup> José Eduardo Faria sintetiza os parâmetros a partir dos quais a ordem econômica transnacional se auto-organiza, nos seguintes termos: “Por operar sob a forma de redes formais e informais de interesses envolvendo um número variável de atores empresariais com distintos graus de influência e poder, e preocupados apenas em negociar acordos específicos sobre matérias determinadas, esta ordem tende a transcender os limites e controles impostos pelo Estado, a substituir a política pelo mercado como instância máxima de regulação social, a adotar as regras flexíveis da *lex mercatoria* no lugar das normas do direito positivo, a condicionar cada vez mais o princípio do *pacta sunt servanda* à cláusula *rebus sic stantibus*, a trocar a adjudicação pela mediação e pela arbitragem na resolução dos conflitos e a pôr em xeque a distinção clássica entre o público e o privado.” (FARIA, 1999, p. 35-6).

<sup>246</sup> Neste sentido, assinala José Eduardo Faria (1999, p. 109), existe uma relação diretamente proporcional entre a expansão destas redes privadas transnacionais e a pressão sobre a capacidade regulatória dos Estados-nação. Em suas palavras: “[q]uanto mais essa rede se expande, aprofundando a interdependência sistêmica (...), maiores são as dificuldades dos Estados-nação para impor normas gerais e abstratas disciplinando de modo direto e padronizado o comportamento dos agentes econômicos.” (FARIA, 1999, p. 109)

diferentes elementos explicativos das ciências sociais<sup>247</sup>, visto que estão associados a alterações dos elementos básicos que compõem a compreensão acerca da sociedade e do direito (COTTERRELL, 2009).

Em relação à *primeira ideia*, relacionada à definição dos espaços transnacionais e à forma como estas arenas decisórias produzem normatividade, percebe-se que a mesma está associada às pretensões de “mapear” e “localizar” os novos espaços insurgentes e suas relações constitutivas.

Para tanto, faz-se importante empreender um esforço de demarcação destes regimes regulatórios<sup>248</sup> e de identificar alguns de seus impactos diretos no enfraquecimento da capacidade regulatória dos Estados<sup>249</sup>. Estas questões serão especificamente tratadas nas próximas seções e envolvem o debate sobre: (i) o processo de expansão e fragmentação do direito internacional; (ii) o grau de especialização funcional e de autonomia que marca os regimes privados de regulação transnacional; e, (iii) a alteração dos padrões de articulação e de solução de conflitos entre normas internas e internacionais.

Por oportuno, importante fazer aqui duas precisões terminológicas sobre os “espaços transnacionais” a fim de elucidar alguns sentidos assumidos neste trabalho.

Primeiramente, tem-se o fato de que estes espaços de regulação ocupam uma posição intermédia entre o nacional e o internacional (*in-between state*)<sup>250</sup> (ZUMBENSEN, 2006, p. 745). Esta condição intermediária ocorre justamente porque estes espaços normativos se formam mediante processos de negação e de diferenciação em relação

<sup>247</sup> “In a bewildering transnational regulatory landscape, legal sociology is called upon to provide intellectual leadership in a way that gives it huge responsibilities.” (COTTERRELL, 2009, p. 6)

<sup>248</sup> Em relação a esta primeira dimensão dos regimes regulatórios transnacionais, Roger Cotterrell (2009, p. 1-2) assinala: “The first consists of emerging or newly expanded regulatory regimes with supranational scope or ambition: for example, international human rights, transnational regulation of the internet and of intellectual property, international criminal justice, international financial and trade law, international commercial arbitration and modern *lex mercatoria*, and WTO law. Often transnational law is intended to affect individuals, organisations or groups directly. So ‘transnational’ refers to a reaching across nation state borders.” (COTTERRELL, 2009, p. 1-2).

<sup>249</sup> “The second, no less important, aspect of legal transnationalism reflected here is the influence exerted directly on the regulatory policies and practices of nation states by economic, cultural and political pressures taking shape outside their borders, and to that extent beyond their control.” (COTTERRELL, 2009, p. 2)

<sup>250</sup> Peer Zumbensen refere-se à existência de um “in-between state” da regulação transnacional, nos seguintes termos: “the in-between state of TL when reacting to the shifting balance between public administration and private execution, between government and governance (Aman, 1997; Freeman, 2000)”. (ZUMBENSEN, 2006, p. 745).

ao *locus* do Estado, já que o “espaço do Estado é, de um lado, muito pequeno; de outro lado, parece ser grande demais”<sup>251</sup> (LADEUR, 2009, p. 1357). Referem-se a espaços “construídos” por redes de inter-relações que se projetam para além do Estado (*diffuse networks of transnational inter-relationships*). Porém, ao contrário do que o conceito inicialmente apresentado pode levar a crer, a ideia de um “espaço transnacional” deve ser compreendida como uma zona de interação que não se constrói em bases necessariamente territoriais. Exemplificativamente, é possível conceber duas corporações privadas com atuação transnacional que, ao celebrarem um contrato de fornecimento de bens e serviços entre suas unidades espalhadas em diferentes países, mesmo tendo suas respectivas sedes localizadas no mesmo espaço territorial, ainda assim deliberadamente decidam sujeitar-se a um conjunto de normas independentes (*lex mercatoria*) convencionando que eventual contenda seja resolvida em uma determina instância arbitral de natureza privada.

Em segundo lugar, importante considerar que a palavra transnacional *per se* exige um esforço preliminar de “localização”, já que o prefixo “trans-” evoca simultaneamente diferentes ideias espaciais: a de “um direito para além dos estados” (que os transcende), de um “direito através dos Estados” (que cruza suas fronteiras), ou ainda, de um “direito entre os Estados” (que se coloca entre eles).

São, na essência, três fenômenos diferentes que podem se associar em um mesmo “lugar”: (i) o direito internacional avançando (funcionalmente) sobre o direito dos Estados (ainda soberanos), (ii) as corporações econômicas e organizações civis se articulando para além das fronteiras e criando um marco regulatório próprio (que atua indiferentemente ao Estado, ainda que não possa dele prescindir por completo), e (iii) o direito interno precisando se reinventar para fazer frente a todos esses desafios (adaptabilidade e contenção de avanços). Nesse sentido, o espaço transnacional surge, portanto, da interação de todos esses âmbitos. Este “espaço” não pode ser territorialmente localizado, ou seja, sua demarcação não se processa a partir de critérios geográficos (paradoxalmente, caracteriza-se como um espaço a-territorial). Estes espaços, concebidos em termos funcionais e sempre relacionais (contingentes) emergem no exato momento (e a medida) em que as relações entre os diferentes domínios normativos ganham corpo.

---

<sup>251</sup> “The emergence of the new transnational law is not primarily due to limits of size. The transnational element of the globalization process is not only private law either. It is something in between national and international law.” (LADEUR, 2009, p. 1358).

O espaço transnacional constitui-se, pois, mediante interações, ele surge – sempre – na interação. E toda interação gera mudanças, alterações. Nenhum processo interativo resulta em nada, advindo dele necessariamente alguma alteração. Não existem relações de “soma zero” nesses processos interacionais. Essas interações, porém, são mais facilmente percebidas por ocasião da institucionalização dos conflitos, nestes casos, geralmente, o direito é confrontado pela ausência de mecanismos plenamente satisfatórios o que revela as dificuldades (impossibilidades) de aplicação do instrumental teórico que possibilita ao operador do direito a lidar com esses conflitos, próprios da nova dinâmica das transformações corporativas.

No tocante à *segunda ideia*, relacionado ao alcance da expressão “direito transnacional”, faz-se importante tecer alguns breves comentários em face da pluralidade de discursos existentes<sup>252</sup> sobre o direito transnacional<sup>253</sup> (SCOTT, 2009).

O trabalho de Philip C. Jessup<sup>254</sup> (intitulado *Transnational Law*<sup>255</sup>), publicado em 1956, como consolidação das *Storrs Lectures* por si ministradas no mesmo ano na *Yale Law School*, é reconhecido como seminal em relação à temática. Apesar de existirem referências anteriores ao emprego do termo *transnacional*, é comum creditar ao autor a responsabilidade pelo desenvolvimento e pela popularização de sua ideia, de acordo com o sentido contemporaneamente atribuído ao termo. (BROUDER, 2006, p. 7).

Na mencionada obra, Philip Jessup (1965, p. 12) definiu *direito transnacional* nos seguintes termos:

[...] eu usarei, em lugar de “direito internacional”, a expressão “direito transnacional” para incluir tôdas as normas que regulam atos ou fatos que transcendem fronteiras nacionais. Tanto o direito público quanto o privado estão compreendidos,

---

<sup>252</sup> Em face desta pluralidade de perspectivas, Peer Zumbansen (2006) identificou inúmeras variantes e vertentes que, ao longo da trajetória do conceito de direito transnacional, reivindicam um determinado sentido atribuível ao direito transnacional que reflita as perspectivas doutrinárias e teóricas que as animam.

<sup>253</sup> Craig Scott (2009, p. 862) chama a atenção para a existência de um “panorama pluralista de tradições”.

<sup>254</sup> Recuperação sobre a trajetória acadêmica do autor e sobre algumas passagens sobre sua vida pública que permitem compreender o sentido em que os autores definem-no como “Enlightened crusader” (BROUDER, 2006).

<sup>255</sup> Em 2006, o Centro de Pesquisa em Direito Econômico Transnacional (da Universidade Martin-Luthere, em Halle-Wittenberg, Alemanha) realizou grande Simpósio cujo propósito era “revisitar” a obra de Jessup, passados 50 anos de sua publicação.

como estão outras normas que não se enquadram inteiramente nessas categorias.

Deste conceito, emergem dois elementos caracterizadores do *transnacionalismo jurídico*: o objeto da regulação (situações transnacionais) e o direito aplicável (independentemente de sua natureza).

Em relação ao objeto de regulação, as *situações transnacionais* incluem ações (*actions*) e eventos (*events*) transfronteiriços, portanto, de acordo com esta definição, a qualificação como transnacional depende que o contexto empírico do problema envolva um ou mais atores com conexões externas à jurisdição na qual todos os atos físicos ou eventos estão tendo lugar<sup>256</sup> (SCOTT, 2009, p. 864). Explicando o alcance desta aceção, Philip Jessup (1965, p. 13) reconhece expressamente que os “indivíduos, emprêsas, Estados, organizações de Estado, ou outros grupos” podem estar envolvidos em situações transnacionais, não só como objeto de imputação das regulações, mas eles próprios empreendem “atividades transnacionais de indivíduos, associações e Estados.”

Por sua vez, em relação ao *direito aplicável*, Philip Jessup formula uma proposta integracionista no sentido de reunir, sob o mesmo domínio, os diferentes âmbitos de regulação do direito internacional, como “outras normas que não se enquadram inteiramente nessas categorias”. Ademais, o autor assume duas premissas que conferem especial vitalidade contemporânea às suas ideias: (i) o direito envolve inúmeros instrumentos dotados de normatividade para além dos instrumentos formais definidos heteronomamente pelo Estado ou por organismos internacionais (JESSUP, 1965, p. 16-17); e, (ii) a percepção de que os problemas no âmbito internacional representam variações de problemas humanos que podem ser encontráveis em qualquer nível da sociedade humana (JESSUP, 1965, p. 21).

De acordo com Peer Zumbansen (2006, p. 738), através da ideia de direito transnacional, o autor “provoca uma ruptura com o pensamento tradicional sobre as relações inter-estatais, ao apontar uma plêiade de formas de relações transfronteiriças entre os estados e atores

---

<sup>256</sup> Craig Scott (2009, p. 864-868) chama atenção para o fato de que o conceito formulado por Jessup não inclui, pelo menos diretamente, o reconhecimento de matérias de natureza transnacional (lavagem de dinheiro, terrorismo internacional, pandemias, mudança climática, dentre outras questões). Além disto, em algumas situações, independentemente da demonstração clara do elemento concreto transfronteiriço, em razão do alto grau de conectividade, sua dimensão transfronteiriça pode ser inferida dos interesses envolvidos.

não-estatais”<sup>257</sup>. Todavia, justamente em razão da imensa força sugestiva dessas ideias e em face da natureza aberta das definições por ele empregadas, há muita confusão terminológica em torno do seu alcance e emprego<sup>258</sup>. De acordo com estas leituras “renovadas”, o direito transnacional engloba situações e elementos normativos que gozam de algum apelo global, reunidos, porém, pela circunstância de não se adequarem aos conceitos tradicionais, nem de direito nacional, nem de internacional (SHAFFER, 2010, p. 7)

O esforço de teorização sobre a natureza do direito transnacional revela uma espécie de tendência em “fornecer argumentos novos ou reformulados” para que os operadores do direito possam melhor compreender a si próprios e o contexto social em que estão inseridos. Neste sentido, frequentemente, o recurso ao direito transnacional revela uma espécie de desencanto (*breaking faith*) com as concepções de direito centradas na figura do Estado (estatalismo) (SCOTT, 2009, p. 862), ou ainda, espelham uma postura desafiadora no sentido de rompimento com a dicotomia tradicional interno-internacional (*breaking frame*) (ZUMBANSEN, 2006, p. 738).

Em razão mesmo da multiplicidade dos fenômenos implicados nos espaços de regulação transnacional, os esforços de precisão conceitual acabam por importar, inexoravelmente, em reducionismos, ou ainda, em revestir-se de acentuado grau de abrangência<sup>259</sup>. Ante a ausência de uma concepção relativamente compartilhada sobre a temática, Craig Scott (2009) defende a impossibilidade (não-desejabilidade) de definir um conceito “adequado”, justamente pelo seu caráter simbólico. Neste sentido, o autor refere-se às ideias gerais veiculadas através do “direito transnacional” como veiculadores de um proto-conceito impreciso ou sugestivo (*fuzzy or suggestive proto-concept*). (SCOTT, 2009, p. 864)

---

<sup>257</sup> Tradução livre de: “TL ‘breaks the frames’ of traditional thinking about inter-state relationships by pointing to the myriad forms of border-crossing relations among state and non-state actors.” (ZUMBANSEN, 2006, p. 738).

<sup>258</sup> Ainda de acordo com Peer Zubmansen (2006, p. 739), “we are still at a loss to identify a theory of law that would be subtle enough not to stifle emerging identities in a post-colonial era while providing forms, fora and processes (Wiethölter, 1986) for the collision of discourses that mark post-metaphysical legal thinking (Habermas, 1996)”. (ZUMBANSEN, 2006, p. 739).

<sup>259</sup> É o que se pode observar da definição formulada por Mahlmann: “Transnational law has various meanings, including rules created by non - state actors which gain binding force. It is, however, best understood in a wide sense as any law that transcends the scope of traditional concepts of law, conceptualized within the limits of a nation state, be it by its source, its scope of application, subjects or addresses.” (MAHLMANN, 2009, p. 1326)

De todo modo, em que pese a imprecisão que permeia o conceito de “direito transnacional”, faz-se importante relatar e explorar pelo menos três leituras diferentes que existem sobre o fenômeno: as leituras de Peer Zumbansen (2006), Gregory Shaffer (2010) e Craig Scott (2009). As duas primeiras tentam identificar os diferentes usos da expressão “direito transnacional”, ao passo que a perspectiva de Craig Scott preocupa-se em sistematizar os diferentes elementos normativos reunidos sob cada uma das rubricas por ele inventariadas. As análises de Peer Zumbansen e Gregory Shaffer possuem uma preocupação de caráter descritivo, ao passo que a abordagem de Carig Scott parece buscar identificar os desafios epistemológicos envolvidos na discussão em torno do direito transnacional.

Peer Zumbansen (2006), ao empreender um esforço de recuperação da trajetória “evolutiva” do conceito de direito transnacional e frente a toda multiplicidade de usos, localiza o seu emprego em distintos âmbitos da teoria e dogmática jurídicas: (i) *lex mercatoria*, (ii) regulações corporativas transnacionais; (iii) direito internacional público; e, (iv) litigância transnacional de direitos humanos.

Em relação à primeira vertente, (i) *lex mercatoria*<sup>260</sup>, o autor revela que a redescoberta do direito mercantil medieval através dos trabalhos dos comercialistas após a Segunda Guerra Mundial deu início a um grande reavivamento da concepção segundo a qual existiria uma espécie de direito comercial das nações, independentemente das fronteiras estatais e de caráter universal. (ZUMBANSEN, 2006, p. 740). A disputa sobre a *lex mercatoria* caracterizou-se por uma batalha entre “transnacionalistas” (defensores da emergência de uma ordem jurídica autorreferente, entre os agentes comerciais) e os “tradicionalistas” (que enfatizavam o papel ainda importante dos estados em conferir exequibilidade às sentenças arbitrais); e teria revelado as vulnerabilidades e limitações das teorias baseadas no direito oficial, frente à difusão de práticas institucionalizadas, revestidas de alguns mecanismos de coercibilidade (ZUMBANSEN, 2006, p. 741)<sup>261</sup>.

<sup>260</sup> A *lex mercatoria* será objeto de análise detida no item 4.2, adiante.

<sup>261</sup> O autor reconhece ainda a existência de dois desdobramentos decorrentes desta discussão: (a) as críticas formuladas contra o caráter pretensamente despolitizado de um “direito comum dos contratos” levou os transnacionalistas a reconhecerem que a *lex mercatoria* “will inevitably undergo dramatic phases of repolitization (Teubner, 1997), by having to meet itself some of the nation states’ structural challenges with regulating the economy.” (ZUMBANSEN, 2006, p. 741); e (b) ao conectar, de maneira indissociável, as questões relacionadas à autonomia privada e sua limitação (liberdade contratual, coercibilidade, abusividade e defesa do consumidor) e as políticas (públicas) de desregulamentação e privatização, ambos de índole

De acordo com a segunda vertente, (ii) *Regulações corporativas transnacionais*<sup>262</sup>, o estudo do direito transnacional da governança corporativa tem por objeto os diferentes marcos regulatórios das corporações existentes (nos planos doméstico, transnacional e internacional) e o intrincado emaranhado de vínculos formais e limitações substantivas a que estão sujeitas estas firmas. Em razão da imersão (*embeddedness*) das corporações em uma “economia do conhecimento” crescentemente desnacionalizada, afigura-se cada vez mais facilmente perceptível a sua inserção em uma estrutura regulatória multinivelada, constituída por produtores de normas oficiais e não-oficiais<sup>263</sup>. (ZUMBANSEN, 2006, p. 742-743).

De acordo com a terceira vertente, por ele chamada de (iii) *Direito “público” internacional*, o direito transnacional representa um desafio expressivo à visão estatalista das relações internacionais e do direito interno (internacional, constitucional e econômico). Neste sentido, desempenha um tríplice papel: (a) a um só tempo, tanto enfraquece quanto complementa a visão jurídica sobre as relações entre-estados na arena internacional, ao enfatizar a importância de atores não-estatais nas relações transfronteiriças; (b) oferece-se como “etiqueta” para transações transfronteiriças envolvendo atores não-estatais e redes de regulação que não se apresentam como submetidas a regimes de direito privado; e, ainda, (c) engloba aquelas relações (entre estados e atores não-estatais) transfronteiriças que não se instrumentalizam através de instrumentos próprios do direito internacional (como tratados e convenções). (ZUMBANSEN, 2006, p. 743).

Por fim, o direito transnacional veiculado no âmbito da quarta vertente, (iv) a de *proteção de direitos humanos*, acaba por enfatizar a desvinculação da proteção dos direitos humanos da ideia de

---

doméstica, o direito transnacional acaba por caracterizar-se como uma luta ideológica para a diferenciação entre estado e mercado e entre público e privado. (ZUMBANSEN, 2006, p., 742). “Seen against this background, the project of a constitutionalized private law undertakes the impossible task, of sustaining the paradox between these irreducible spheres of societal freedom.” (ZUMBANSEN, 2006, p., 742).

<sup>262</sup> “Administered centrally and from within inter-firm networks, transterritorialized globe spanning company activities bring together a multitude of autonomous organizational and economic actors that can easily exhaust the traditional regulatory aspirations of nation states and other political bodies (Hertner, 1998; Herkenrath, 2003).” (ZUMBANSEN, 2006, p. 742).

<sup>263</sup> Neste contexto, o direito transnacional abrange: de um lado, (a) “the law governing the global business corporation through a multi-level and multipolar legal regime of hard and soft law, statutes and recommendations, command-control structures of mandatory rules as opposed to an ever more expanding body of self-regulatory rules (Zumbansen, 2002b; Arthurs, 2002)”; de outro lado, (b) “constitutes a reflexive practice that critiques itself with regard to its regulatory and legitimizing aspirations.”.

competência jurisdicional estatal (*state-based understanding of jurisdictional competence*). Isto se materializa através de diferentes demandas de direitos humanos que transgridem as fronteiras territoriais<sup>264</sup>, como p.ex., através do reconhecimento da possibilidade de afastamento da imunidade de jurisdição do Estado com a finalidade de reparação civil por violação a direitos humanos; do desenvolvimento do direito penal internacional para persecução criminal residual de autoridades responsáveis por violação sistemática a direitos humanos; ou mesmo, pelo desenvolvimento da ideia da existência de um conjunto de *standards* mínimos (consciência jurídica transnacional) que vinculam todas as autoridades (sejam elas públicas ou privadas) à observância dos direitos humanos.

Neste sentido, o direito transnacional apreende (veicula) o sonho ambíguo de uma litigância transnacional de liberdades civis (*transnational civil human rights litigation*), de forma a exercer influência em um processo de refinamento desta consciência jurídica compartilhada, pela difusão de diferentes processos de diálogo e migração entre distintas jurisdições (ZUMBANSEN, 2006, p. 747).

Inobstante todo o longo inventário de práticas transnacionais que Peer Zumbansen apresenta, a descrição dessas práticas não consegue fornecer nenhum critério metodológico capaz de sistematizar aquelas vertentes com vistas a, em um momento seguinte, cunhar um conceito de “direito transnacional”. Todo o esforço de mapeamento carece um próximo passo tendente a uma análise metodologicamente orientada a alguma conceituação. Esse esforço metodologicamente orientado por ser encontrado na análise de Gregory Shaffer (2010), a seguir exposta.

Este longo inventário de práticas, não obstante a relevância das questões por ele veiculadas, acaba por deixar de fornecer qualquer critério metodológico apto a sistematizar as diferentes práticas associadas ao direito transnacional. Neste sentido, reside a utilidade do esforço de Gregory Shaffer (2010).

Em certa medida, recuperando os elementos caracterizadores do transnacionalismo de Jessup, Gregory Shaffer (2010, p. 7) identifica dois usos recorrentes<sup>265</sup> que permitem a diferenciação das abordagens

---

<sup>264</sup> “Increasingly, the norms governing the human rights claims are of such border-transgressing nature that they both undercut and surpass the territorial boundaries upon which various jurisdictional competences have been predicated up to this point.” (ZUMBANSEN, 2006, p. 746).

<sup>265</sup> “The two concepts have a clear overlap since the cross-border construction and flow of legal norms is often catalyzed by cross-border activities and policy concerns. Yet under this second

em torno do direito transnacional: aquelas perspectivas focadas nos destinatários das normas (no direito destinado a regular as atividades e situações transnacionais<sup>266</sup>) e aquelas focadas nas fontes (no direito, independentemente de sua origem internacional ou estrangeira, que é importado e exportado entre as fronteiras).

Em relação a este último grupo, o “direito transnacional<sup>267</sup> é constituído por normas jurídicas que são exportadas e importadas de forma transfronteiriça, processo este que envolve a participação de redes transnacionais e de instituições internacionais e regionais, as quais, conjuntamente, concorrem para a construção e a difusão das normas jurídicas, cada qual em seu âmbito material de atuação<sup>268</sup>”.

Ante o exposto, constata-se que não se pode propor uma “única” concepção adequada em relação ao uso do “direito transnacional” sem que se incorra em reducionismos ou generalizações desmedidas. Todavia, antes de finalizar este tópico, em razão das perspectivas que se descortinam para a sistematização das análises a serem empreendidas adiante, convém trazer à tona a oportuna análise de Craig Scott (2009).

Este autor, após idêntica constatação, reconhece que os discursos em torno do direito transnacional podem ser enfeixados em uma espécie de linha de continuidade que gravita em torno de dois pólos opostos: manutenção e ruptura com as tradições discursivas em uso. (SCOTT, 2009, p. 862). Neste sentido, o autor identifica três concepções-candidatas (no sentido de que, além de refletirem usos recorrentes, veiculam igualmente uma pretensão normativa<sup>269</sup>), não necessariamente excludentes entre si<sup>270</sup>, quais sejam: (i) tradicionalismo jurídico

conception of transnational law, the legal norms in question address not only transnational activities, but also purely national ones.” (SHAFFER, 2010, p. 10).

<sup>266</sup> “Most legal studies that use the term transnational law refer to law that targets transnational events and activities — that is, transnational situations which involve more than one national jurisdiction.” (SHAFFER, 2010, p. 7).

<sup>267</sup> “Transnational Law as Transnational Construction and Flow of Legal Norms, for heuristic purposes, as law in which transnational actors, be they transnational institutions or transnational networks of public or private actors, play a role in constructing and diffusing legal norms, even if the legal norm is taken in large part from a national legal model, such as a powerful state like the United States.” (SHAFFER, 2010, p. 11)

<sup>268</sup> “(...) transnational law consists of legal norms that are exported and imported across borders, and which involve transnational networks and international and regional institutions that help to construct and convey the legal norm within a field of law.” (SHAFFER, 2010, p. 8)

<sup>269</sup> Ao descrever cada uma das três concepções, o autor pretende trazer alguns elementos empíricos concernentes ao contexto em que se constrói esta perspectiva e indicar os indícios que apontam para a existência de processos de expansão. (SCOTT, 2009, p. 868).

<sup>270</sup> “Such compatibility may arise either at a linguistic level (if one is content with the notion of polyvocality of concepts and associated multiple meanings) or at a substantive level (if one

transnacionalizado; (ii) decisionismo jurídico transnacional; e, ainda, (iii) pluralismo sócio-jurídico.

A primeira delas, (i) o *tradicionalismo jurídico transnacionalizado* (*transnationalized legal traditionalism*), reúne as perspectivas que pretendem ver no direito transnacional nada além do que uma resposta do direito ao fenômeno transnacional construído com base em um positivismo centrado no Estado<sup>271</sup>. O ponto de partida é o reconhecimento de que existem dois universos básicos de regulação, resumidos ao direito internacional e ao direito estatal interno dos diferentes países. De acordo com esta perspectiva, a própria existência de um direito transnacional diferenciado seria inapropriada, considerado que este “direito” resulta de (e é limitado por) um funcionamento combinado do direito internacional público e dos sistemas jurídicos domésticos<sup>272</sup> (SCOTT, 2009, p. 869). O impacto daquilo que constitui o universo transnacional não-jurídico (*non-legal transnational realm*) tende a ser minimizado e se traduz na necessidade de uma formação mais generalista com ênfase em uma formação menos paroquial. (SCOTT, 2009, p. 868-870).

A segunda concepção, (ii) o *decisionismo jurídico transnacional* (*transnationalized legal decisionism*), parte de uma premissa similar à anterior, qual seja: a de que o direito que lida com o fenômeno transnacional pode sempre, em certa medida, ter suas origens relacionadas quer seja ao direito internacional público, quer seja a normas de direito estatal-nacional. Todavia, a principal diferença reside no fato de que, de acordo com esta, pode-se falar em um “direito transnacional de resultado”, quando se observa um conjunto de decisões relativas a uma gama variada de contextos/problemas transnacionais, decisões estas que, informadas simultânea e conscientemente pelo direito doméstico e internacional, fornecem um conjunto de princípios potencialmente aplicáveis como regras de decisão.

Esta abordagem fundamenta-se na ideia de que os sistemas de direito nacional domésticos (a partir das técnicas do direito internacional privado como mecanismo de coordenação) e o direito internacional

---

discerns aspects of mutual coherence amongst the proffered conceptions that could lead to a higher - order analytical account of “transnational law”).” (SCOTT, 2009, p. 863).

<sup>271</sup> “the legal traditionalist, as I will call her, sees nothing about law responding to transnational phenomena that requires departure from a state - centred positivism.” (SCOTT, 2009, p. 868).

<sup>272</sup> Nas palavras do autor: “there is not – and is no need for – something distinct called “transnational law” for such ‘law’ would invariably be given shape and be permitted to exist only as the combined functioning of public international law and domestic legal systems, and of their mutually regulated interaction.” (SCOTT, 2009, p. 869).

público interestatal desenvolvem juntos duas questões: (a) eles criam um conjunto de normas que devem ser pensadas como as regras de decisão potenciais (*the pool of norms that may be thought as rules of decision* in potentia); e (b) investem de autoridade determinados atores para exercitarem o poder de decisão que conduz a uma espécie de resolução de questões de uma determinada matéria, problema ou disputa transnacional. Nestes termos, o direito transnacional é compreendido como resultado de interpretações ou aplicações do direito doméstico e internacional a situações transnacionais, produzidas por diferentes instituições, enredadas através de estruturas formais e informais de comunicação<sup>273</sup>.

Ainda, de acordo com a terceira concepção, (iii) o *pluralismo sócio-jurídico* (*transnationalized sócio-legal pluralism*), o direito transnacional é visto como ocupando uma esfera normativa autônoma<sup>274</sup> e afigura-se como um mínimo legal dotado de certo grau de coerência interna<sup>275</sup>. Esta concepção reúne narrativas associadas aos teóricos do pluralismo jurídico e evoca a necessidade de rupturas e de mudanças paradigmáticas mais expressivas para uma adequada compreensão da estrutura multifacetada do direito transnacional.

Essa concepção pautada em um pluralismo sócio-jurídico é a adotada por esta tese, posto que se defende a necessidade de se romper com alguns postulados epistemológicos (capítulo 1) que diante do quadro atual (capítulo 2) precisam se reconfigurar com vistas a se permitir atribuir ao direito transnacional um novo papel. Por mais que não se refute a íntima relação entre direito transnacional e direito interno

---

<sup>273</sup> Craig Scott (2009, p. 872) sintetiza a operatividade desta concepção nos seguintes termos: “this second approach involves the consideration of the relevance of the transnationalized empirical context, the juxtaposed and integrated consideration of one system’s rule or principle here and another’s there, the production of decisions thereby, and the gradual extrapolation from the body of decisions of principles and rules that can be argued before future decision - makers as being either governing or persuasive for similar transnational contexts in the future.” (SCOTT, 2009, p. 872).

<sup>274</sup> “a not - uncommon way of speaking about transnational law is as a kind of law of the interface or, (...), law that is neither national nor international nor public nor private at the same time as being both national and international, as well as public and private.” (SCOTT, 2009, p. 873).

<sup>275</sup> Craig Scott (2009, p. 874) expressa-se nos seguintes termos: “as capable of being at least the organic outgrowth of cumulative decisions that are explicitly or implicitly authorized by domestic or international law that themselves may apply nothing but domestic law or international substantive norms. At minimum, on this view, transnational law can be treated as other than national or international in the sense of a body of law that gradually takes on a certain internal coherence in the form of a hybrid synthesis appropriate to a given normative subjectmatter and surrounding context.”

ou direito internacional, para os fins do trabalho não se pode prescindir de uma conceituação autonomizadora do “direito transnacional”.

No que se refere ao conceito de “direito transnacional” optou-se por uma conceituação de em dois momentos. Com efeito, para melhor elucidação da categoria e como elemento facilitador das análises que serão adiante desenvolvidas, a presente tese utilizar-se-á dos conceitos de “direito transnacional em sentido estrito” e “direito transnacional em sentido amplo”.

A expressão *direito transnacional em sentido estrito* deve aqui ser entendida como sendo aqueles conjuntos de regulação normativa produzidos no âmbito dos chamados regimes autônomos. Estes regimes constituem-se a partir de processos de especialização funcional e se constroem espontaneamente, sem que haja a mediação do Estado (quer seja através de instituições estatais, quer seja através de procedimentos e de mecanismos interestatais). Tais conjuntos normativos são construídos mediante redes de interação, geralmente ligados a interesses econômicos e/ou profissionais, e dotados de instâncias decisórias autônomas. As relações estabelecidas, frequentemente, transpassam as fronteiras territoriais estatais e não podem ser constituídas em bases territoriais, ou seja, a definição das normas aplicáveis e identificação da “jurisdição” competente não é normalmente definida com base nas regras gerais de conflitos entre direitos (direito internacional privado); mas definidas de maneira autônoma. Se, por um lado, tais relações constituem-se independentemente de espaços territoriais, por outro lado, sua execução (materialização) depende, necessariamente, de processos de localização (territorialização). Ou seja, inexoravelmente, as relações reguladas por conjuntos normativos tipicamente produzidos como “direito transnacional em sentido estrito” acabam por, em maior ou menor medida, interagir com regulações produzidas nos cenários tradicionais do direito (direito estatal interno e o direito internacional). A produção normativa processada nestes regimes diferenciados autônomos é indiferente ao Estado, posto que se destina a uma aplicação funcional que transpassa as fronteiras estatais, sendo, pois, insista-se, a elas indiferentes.

Por sua vez, o *direito transnacional em sentido amplo* abarca, para além do direito transnacional em sentido estrito, aqueles setores do direito interno e do direito internacional que se preocupam com as questões das zonas de contato. Este conceito abrangente de direito transnacional envolve não somente as regras e institutos forjados no âmbito dos espaços tradicionais (nacional e internacional) para lidarem com a interação entre ambos, mas igualmente abarca as situações em

que normas típicas produzidas em cada um destes domínios têm sua interpretação condicionada e/ou influenciada (direta ou indiretamente) por normas produzidas em outras searas.

Em relação ao primeiro aspecto, tanto o direito interno quanto o internacional, criam uma série de mecanismos, técnicas interpretativas e institutos de articulação, e.g., a cláusula de interpretação consistente do direito internacional, ou ainda, a enunciação do princípio da subsidiariedade nos espaços de regulação do direito comunitário. Ambos mecanismos representam reações do direito interno e do direito internacional para lidarem, respectivamente, com a influência experimentada pela aplicabilidade do direito internacional no plano doméstico, e pela necessidade de acomodação das diferenças e das peculiaridades das realidades de cada Estado engajado no processo de integração econômica.

Por outro lado, em relação ao segundo aspecto, seria possível falar em direito transnacional em sentido amplo quando se está diante de normas cujo sentido e/ou aplicabilidade seja dependente da articulação de normas produzidas em outros espaços de regulação. Isto é o caso da discussão em torno das políticas de ação afirmativa nas universidades brasileiras, cuja análise, de um lado, *deve* ser articulada com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no tocante à eliminação de todas as formas de discriminação, assim como *pode* ser compreendida a partir do entrecruzamento de diferentes experiências de outras realidades constitucionais (em democracias consolidadas ou em países em desenvolvimento que se dotaram de constituições igualmente aspiracionais). Esta interação discursiva de diferentes universos normativos também está abarcada na compreensão abrangente de direito transnacional.

Nestes termos, é possível, com Craig Scott (2009, p. 876), afirmar que a noção de “direito transnacional” representa uma ideia que, indiscutivelmente, amplia as fronteiras da imaginação jurídica de forma tal que a teoria e educação jurídicas não podem mais basear-se, exclusivamente, em construções jurídicas de matiz doméstico e internacional. Estes espaços privilegiados de reflexão jurídica e de formação cultural devem estimular diferentes graus de abertura para que os juristas e teóricos sejam instigados a moverem-se da zona de conforto conceitual atual. (SCOTT, 2009, p. 876).

### 3.3.2. Da transição do modelo de estado soberano para a insurgência de espaços de regulação transnacional

O cenário de transição entre o modelo de estado soberano em relação aos espaços transnacionais pode ser facilmente compreendido pelo quadro a seguir transcrito que sumariza os principais aspectos deste processo de transformação.

Tabela 4: Modelo de organização nos espaços de regulação transnacional

<b>Dimensões</b>	<b>Estado Territorial Soberano</b>	<b>Espaços de regulação transnacional</b>
Autoridade (poder de decidir)	Consolidada (centralizada hierarquicamente)	Dispersa e concorrente (multiplicidade de atores)
Princípio organizativo	Forma de organização espacial (territorial)	Regimes diferenciados e especialização funcional
Fundamento de legitimidade	Racionalização (institucionalização)	Fragmentação e “especialização funcional”
Construção de identidades	Identidade nacional (cidadania)	Múltiplas relações de identidade

Fonte: Autoria própria

As dimensões a partir das quais foi identificado o processo de consolidação deste modelo de organização da comunidade política, tanto serviram de base para a reflexão acerca de alguns dos aspectos centrais à teoria da constituição, quanto, agora, fornecem referencial metodológico para que seja traçado um paralelo entre o modelo de “estado territorial soberano” e o quadro multifacetado característico da forma de ordenação dos espaços de regulação transnacional.

A primeira dimensão (autoridade), associada à identificação da autoridade dotada de capacidade para decidir, como visto nos capítulos anteriores (1 e 2), no estado territorial de direito estava fundamentalmente associada a um soberano com poder de decisão estruturado centralizada e hierarquicamente. A par da capacidade de tomada de decisões em relação à justa distribuição de bens, o ponto nodal para a configuração da autoridade soberana e do fechamento operacional do modelo de estado territorial consiste na identificação

daquele que detém a titularidade para dispor sobre as regras de solução de conflitos (a saber, quem decide em última instância?).

Em contrapartida, no âmbito dos espaços transnacionais de regulação, opera-se um processo de dispersão da autoridade, passando a coexistirem autoridades com autonomia relativa em relação às questões colocadas em discussão. Com efeito, sob essa ótica, a capacidade decisória do Estado, nos dias atuais, assim como no período de transição da organização política do medievo para o Estado soberano, passa a ser objeto de contestação sistemática, provocando inúmeras tensões institucionais e colisões em face dos centros decisórios, dando azo a um número crescente de situações de concorrência entre autoridades.

Com relação à segunda dimensão (princípio organizativo), o estado territorial soberano, como demonstrado fundamentalmente no capítulo 1, assenta seus domínios a partir da organização espacial do território, ou seja, por meio de um território bem definido. O processo histórico de consolidação do Estado “territorial” soberano somente se afigurou possível com o estabelecimento de fronteiras dentro das quais o exercício do poder dar-se-ia com pretensão de aplicabilidade coercitiva e livre de interferências externas (ao menos diretas).

Porém, quando se transita para o cenário de regulação de espaços transnacionais, o que se verifica é a existência de regimes diferenciados e a presença de especialização funcional, fatores que, somente de maneira residual, afiguram-se sensíveis à regulação em bases territoriais. Como visto alhures, o princípio da territorialidade “presume uma correspondência direta entre sociedade, economia e política dentro de um território nacional exclusivo e limitado” (HELD, MCGREW, 2003, p. 8). Contudo, os processos de globalização muito ferozmente apontam para o advento de vários novos “espaços” que se articulam, se sobrepõem e se relacionam transfronteiriçamente, gerando a ideia de globalização como desterritorialização, na expressão de Scholte (2003, p. 86). Esta situação tem o condão de agudizar o já clássico debate no âmbito da filosofia política e do direito internacional entre universalismos e particularismos, reconfigurado para o conflito entre as dimensões local, internacional e transnacional.

No que se refere à terceira dimensão (fundamento de legitimidade), do “estado territorial soberano” aos “espaços de regulação transnacional” passa-se da racionalização (institucionalização) apoiada por direitos individuais e políticos, à fragmentação e à “especialização funcional” que leva a uma pluralidade de fontes de legitimidade.

No âmbito do estado territorial soberano, a racionalização dos procedimentos e a existência de instituições pré-constituídas milita em

favor de um modelo de "melhor" organização se se tem em conta os particularismos e personalismos do medievo. À ideia de institucionalização, soma-se, na teoria constitucional, o papel de legitimação desempenhado pelos direitos fundamentais, fortalecendo ainda mais o fundamento de legitimidade da autoridade estatal.

Porém, quando se depara com a pluralidade de regimes do mundo globalizado, cada qual compartilha determinada concepção de bem que não se estrutura, necessariamente, nos critérios de legitimidade instrumental de matriz weberiana. A mudança, portanto, refere-se à existência de pluralidade de fundamentos de legitimidade substantiva (eficiência dos mercados, proteção efetiva das vítimas, equalização das oportunidades, etc.). Não existe uma única forma de conceber a fundamentação do modelo de organização, cada regime insurgente erige seus próprios critérios de aferição de legitimidade (decorrente da fragmentação e especialização funcional)

No tocante aos fundamentos materiais de legitimação do poder, a alteração é significativa, apesar de não ser possível estabelecer com precisão o seu alcance. Se por um lado, há quem sustente que existe alguma forma de articulação (hierarquização?) nestes espaços multinivelados, a partir da ideia de prevalência dos direitos humanos. Por outro, esta ideia ainda se afigura muito frágil em face, sobretudo, do seu baixíssimo grau de institucionalização em expressivos domínios de regulação (aqueles, inclusive, menos afeitos à sistemática de proteção de direitos em uma perspectiva de limitação do exercício da autonomia). Não se afigura ser crível, de todo, cogitar a insurgência de uma "ordem mundial de valores" (recuperando a expressão da corte alemã aplicada ao constitucionalismo do segundo pós-guerra), que opere como fundamento de validade de todos os múltiplos regimes regulatórios, de maneira similar à constituição nacional pode ser compreendida como fundamento de validade da ordem jurídica interna.

Por fim, no âmbito da quarta dimensão (construção de identidades), a pretensa homogeneidade do estado territorial soberano, ligada à ideia de identidade nacional (cidadania) cede lugar à figura da policentralidade, ou seja, da formação complexa de múltiplas cadeias de relações de identidade.

Como vista acima, a vinculação conceitual entre Estado e cidadão, no modelo territorial, possibilitou o estabelecimento do conceito de nação como "comunidade política de destino", ou seja, uma construção artificial que, fixada com base na demarcação de um elemento contingente (a fronteira), forneceu subsídios para a construção de uma espécie de homogeneização interna mediante o cultivo do

passado (mitos sobre as origens do povo) e a promoção de elementos compartilhados (língua, etnia e religião).

Essa é talvez a construção inerente ao Estado territorial soberano que mais tenha sentido os efeitos dos processos de globalização. Os Estados multiculturais não surgem dos processos de globalização, é certo, mas inegavelmente tais processos ampliaram com intensidade o fenômeno nos últimos anos.

### **3.3.3. Processos de produção de espaços transnacionais de regulação**

O objetivo desta seção é demonstrar que os espaços transnacionais de regulação são gerados a partir de diferentes movimentos (vetores), que se constituem tanto a partir da alteração nas relações entre os espaços tradicionais de regulação (relações entre o direito internacional e o direito interno), quanto na insurgência de novas relações transversais (ou transfronteiriças) entre atores e agentes não-governamentais (regimes autônomos e atores com atuação transnacional).

Uma melhor compreensão destes movimentos será feita quando forem analisados, adiante,: (i) o processo de expansão do direito internacional (4.1); (ii) a insurgência de regimes privados de regulação transnacional (4.2); e, (iii) as novas formas de relação entre o direito interno e internacional (5.1).

#### **3.3.3.1. Os sistemas regulatórios tradicionais como lugares de produção de regulação transnacional**

No quadro mundial de expansão dos espaços de regulação transnacionais, o direito interno e o direito internacional assumem uma posição de destaque, pois a expansão do direito internacional (a ser detalhada no item 4.1), ao ampliar a regulação internacional, provocou no direito interno reações de adaptabilidade a esses novos desafios suscitados, o que tem ampliado significativamente as zonas de interação entre essas clássicas e autônomas concepções do direito moderno. Nesta subseção, será apresentado um movimento de avanço do direito internacional e um de reação (adaptabilidade) do direito interno.

No que se refere ao avanço do direito internacional, um fenômeno recente chama a atenção: a universalização dos direitos

humanos por meio do denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Nesse âmbito, desde a aprovação, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos e, em especial, após a aprovação dos Pactos Internacionais de Direitos Civis, Políticos, Econômicos, Culturais e Sociais, em 1966, o processo de irradiação tem sido crescente, sobretudo por atuação dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

O sistema europeu é o mais antigo, datando de 1955 (anterior, portanto, aos Pactos de 1966), e tem vivido, ano após anos, um processo de intensificação do número de demandas que lhe são apresentadas.<sup>276</sup> Trata-se de um sistema regional dotado de uma característica única, pois é o único a permitir o peticionamento individual diretamente à Corte (Européia de Direitos Humanos), órgão jurisdicional do sistema europeu que conta com aproximadamente 750 milhões de cidadãos passíveis de a ele recorrerem.

O sistema americano data de 1978, ano em que entra em vigor a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), promulgada em 1969, e os dois órgãos de execução da Convenção: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Trata-se de um sistema que não permite o acesso direto do indivíduo aos órgãos executivos, mas que nem por isso tem deixado de desenvolver um papel importante na apreciação e julgamento de importantes casos de violações dos direitos humanos na América Latina, em especial no que se refere às ditaduras que assolaram o continente na segunda metade do século passado.

Percebe-se, ainda que a partir de uma análise sucinta, que a segunda metade do século passado e o início deste assistiram a uma verdadeira explosão do fenômeno “proteção internacional dos direitos humanos”, levando o mundo de uma condição de ostracismo ao advento, desenvolvimento e, em certa medida, consolidação de três sistemas regionais de direitos humanos, além do surgimento de uma

---

<sup>276</sup> Hélio Bicudo (2003, p. 225-236). noticia que “[...] de 1955 (data de entrada em funcionamento da Comissão) a 31 de outubro de 1998, foram registrados 44.056 pedidos na Comissão, dos quais 5.006 no ano de 1988. Se a média anual de pedidos registrados é de 444, de 1975 a 1984, ela atinge 3.102, de 1990 a 1998; o ano de 1988 vê o limite de mil petições anuais ser ultrapassado sucessivamente, nos anos de 1993, 1995, 1996 e 1998, com duas, três, quatro e cinco mil petições, respectivamente. Segundo informa o professor Cançado Trindade, presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Européia se vê, hoje em dia, às voltas com cerca de 26 mil demandas em diferentes níveis de processamento”.

série de tratados e convenções de caráter internacional tendentes a efetivar a garantia dos mais básicos direitos da pessoa humana. E em que pese tratar-se de sistemas de adesão voluntária – como na essência não poderia deixar de ser –, as adesões dos Estados e a submissão às decisões dos órgãos executores desses sistemas tem dado uma nova feição ao direito transnacional.

Em contrapartida, esse avanço dos sistemas de proteção dos direitos humanos tem acarretado um processo de contenção, defesa e adaptação dos sistemas internos dos Estados, que vêm se abrindo, cada um ao seu modo e em graus diferenciados, a uma espécie de supremacia do direito internacional dos direitos humanos, aumentando os espaços transnacionais e alimentando o direito transnacional que lhe é correlato.

As estratégias institucionais dos Estados com vistas a lidar com a questão do avanço do direito internacional dos direitos humanos são as mais variadas, sendo uma das mais frequentemente utilizadas as chamadas “cláusulas de abertura”, que variam, e muito, em grau.

O caso brasileiro fornece duas modalidades de abertura constitucional ao direito internacional dos direitos humanos. A primeira é a abertura material do §2º do art. 5º, da Constituição, segundo o qual os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Em segundo lugar, apresenta o texto uma abertura de ordem formal (procedimental) constante do §3º do mesmo art. 5º, que estabelece: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

O caso da Constituição sul-africana é, talvez, o mais paradigmático em termos de abertura constitucional ao direito internacional dos direitos humanos. Isso porque se trata do mais incisivo texto constitucional, visto que impõe a qualquer órgão jurisdicional daquele país que, ao interpretar a “Bill of Rights”, considere o direito internacional.<sup>277</sup> Não se trata de faculdade, mas de verdadeira obrigação constitucional.

---

<sup>277</sup> “39. (1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum: (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law.

Esses exemplos demonstram que na busca por legitimidade material e como estratégia de adaptabilidade frente ao avanço do direito internacional dos direitos humanos, os Estados buscam se valer de mecanismos constitucionais internos que reconhecem e, não raramente, incorporam o direito internacional dos direitos humanos ao próprio direito interno, criando espaços transnacionais de regulação de contato entre direito interno e direito internacional.

### 3.3.3.2. A formação autônoma (independente do Estado) de espaços regulatórios transnacionais

Após discorrer na subseção anterior sobre algumas das facetas mais expressivas do direito transnacional em sentido amplo, faz-se mister fazer breve alusão (pois a análise será retomada no item 4.2) a dois exemplos de formação de espaços regulatórios transnacionais: a OMC (Organização Mundial do Comércio) e a FIFA (Federação Internacional de Futebol Associado).

Sediada em Genebra, Suíça, e contando atualmente com 153 membros, a OMC é uma organização internacional reguladora do comércio entre Nações. Instituída formalmente somente em 1º de janeiro de 1995, antes a sua função básica desenvolvia-se no âmbito do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*). Como se deprende da própria *home page* da instituição:

Constitui o núcleo da OMC os denominados Acordos da OMC, negociados e firmados pela maioria dos países que mantêm intercâmbios comerciais. Esses documentos estabelecem as normas jurídicas fundamentais do comércio internacional. São, no essencial, contratos que obrigam os governos a manter suas políticas

---

(2) When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights.

(3) The Bill of Rights does not deny the existence of any other rights or freedoms that are recognised or conferred by common law, customary law or legislation, to the extent that they are consistent with the Bill.” . Disponível em:

<http://www.polity.org.za/html/govdocs/constitution/saconst.html?rebookmark=1>. Acesso em: 03 set. 2005.

comerciais dentro de limites convencionados. São negociados e firmados pelos governos, mas sua finalidade é ajudar os produtores de bens e serviços, os exportadores e os importadores a desenvolver suas atividades, permitindo que os governos alcancem objetivos sociais e ambientais.<sup>278</sup>

Da definição apresentada pela própria organização depreende tratar-se de um órgão que estabelece “as normas jurídicas fundamentais do comércio internacional”, tratando-se, pois, de um organismo para além dos Estados que, além de produzir normatividade, ainda possui o poder de julgar demandas comerciais entre seus membros autorizando, em situação final, que um Estado-membro possa retaliar o outro pelo descumprimento de algum Acordo.

A OMC possui uma característica que a mantém mais atrelada aos Estados: o conjunto normativo dela advindo é produzido pelos Estados, o que demarca o caráter voluntário de adesão dos Estados à organização. Porém, indiscutivelmente trata-se de um fórum que atua transnacionalmente regulando relações e solucionando conflitos para os quais o direito interno de cada Estado não possui instrumental apto para lidar.

Outro exemplo de organização que constitui espaço de produção de normatividade para além do Estado – e aqui com total indiferença aos Estados –, pois se trata de uma entidade privada, é a FIFA (Federação Internacional de Futebol Associado, ou simplesmente, Federação Internacional de Futebol), que atualmente conta com 208 membros.

---

<sup>278</sup> Tradução livre de: “Constituyen el núcleo de la OMC los denominados Acuerdos de la OMC, negociados y firmados por la mayoría de los países que mantienen intercambios comerciales. Esos documentos establecen las normas jurídicas fundamentales del comercio internacional. Son en lo esencial contratos que obligan a los gobiernos a mantener sus políticas comerciales dentro de límites convenidos. Son negociados y firmados por los gobiernos, pero su finalidad es ayudar a los productores de bienes y servicios, a los exportadores y a los importadores a desarrollar sus actividades, si bien permitiendo que los gobiernos alcancen objetivos sociales y ambientales.” (Disponível em [http://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/who\\_we\\_are\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/who_we_are_s.htm) Acesso em 10 abril 2011).

Em seu sítio institucional encontra-se a afirmação de que os “Estatutos da FIFA e o seu regulamento de aplicação equivalem à Constituição do órgão máximo do futebol internacional. Eles determinam as leis básicas do futebol mundial, com base nas quais são definidas inúmeras regras sobre competições, transferências, questões de doping e uma variedade de outros assuntos.”<sup>279</sup>

Trata-se, pois, de uma organização privada, registrada e sediada na Suíça de acordo com as prescrições do Código Civil daquele país, que produz e oferece às Confederações dos 208 membros, as regras básicas do futebol.

Em que pese trata-se de uma organização privada que regulamenta um esporte, a capacidade da FIFA de gerar movimentos de adaptabilidade dos Estados tem chamado à atenção. Especialmente quando da realização do maior evento esportivo que a entidade organiza, a Copa do Mundo de Futebol, o poder que a instituição demonstra é digno de destaque.

Quando da realização da Copa do Mundo da África do Sul, em 2010, um episódio causou estranheza aos que ainda se vinculam intensamente à soberania estatal. Durante uma partida entre Holanda e Dinamarca, um grupo de 36 mulheres foi expulso do estádio *Soccer City* por agentes (seguranças) da própria FIFA sob a acusação da prática de propaganda de uma marca de cerveja que não a oficial do evento. O detalhe curioso é que, após serem abordadas por agentes da entidade, as mulheres foram levadas para dependências da própria FIFA e interrogadas durante horas, ficando ali, pois, detidas. A FIFA negou a detenção, contrariando a versão das torcedoras.<sup>280</sup>

Independentemente da comprovação (ou não) de agentes FIFA atuando como agentes estatais na África do Sul, é fato incontroverso que a “pedido (ou a mando) da FIFA o governo da África do Sul montou um tribunal onde o sujeito era julgado em tempo recorde (no mesmo dia do delito)”<sup>281</sup>, a ponto de “uma juíza de Johannesburgo disse nunca ter visto nada parecido”<sup>282</sup>.

<sup>279</sup> Disponível em <<http://pt.fifa.com/aboutfifa/federation/statutes.html>>. Acesso em 17 abril 2011.

<sup>280</sup> Disponível em <<http://www.lancenet.com.br/noticias/10-06-15/772765.stm>>. Acesso em 17 abril 2011.

<sup>281</sup> Disponível em: <[http://carosamigos.terra.com.br/index\\_site.php?pag=revista&id=146&iditens=715](http://carosamigos.terra.com.br/index_site.php?pag=revista&id=146&iditens=715)> Acesso em 17 abril 2011.

<sup>282</sup> Disponível em: <[http://carosamigos.terra.com.br/index\\_site.php?pag=revista&id=146&iditens=715](http://carosamigos.terra.com.br/index_site.php?pag=revista&id=146&iditens=715)> Acesso em 17 abril 2011.

Em suma, trata-se de uma entidade privada, sem qualquer participação estatal em sua composição ou gestão e que tem o poder de obrigar países sede de sua maior competência a realizarem adequações em sua legislação ou práticas judiciais.

3.3.3.3. Qual o grau de importância das estruturas institucionais do Estado-nação para regulação em meio a esses espaços transnacionais de regulação?

Apesar do crescimento de uma infinidade de instâncias regulatórias constituídas “para além do Estado”, inclusive, sem qualquer participação deste, não parece ser crível que se possa decretar “o fim do Estado”.

A estrutura burocrático-institucional do Estado ainda representa um elemento absolutamente essencial para o funcionamento das instituições que constituem a chamada “governança global”, tanto como instâncias de operacionalização, quanto como instância de produção de fatores de convergência material. Mas inegavelmente o quadro é distinto do que se apresentava na vigência do modelo de “estado territorial soberano”.

A questão principal não é, na essência, o problema da perda de centralidade do Estado, mas a existência de múltiplas formas de organização concorrentes ao modelo exclusivo de organização centrada no estado territorial soberano, sofrendo o direito moderno de um grave *déficit* normativo-instrumental capaz de fazer frente a essa multiplicidade de “espaços”.

Nesse contexto, a idéia de espaço territorialmente localizado sede espaço, por mais que ainda subsista (nos planos interno e internacional) e ainda mantenha um *locus* privilegiado dentro da governança global, perde sua importância (em velocidade acentuada) em prol de outro espaço, de caráter não territorial, mas funcional: os aqui denominados “espaços transnacionais”, que decorrem das zonas de interação entre o direito interno, o direito internacional e a regulação advinda das corporações econômicas e das organizações civis, e que criam as condições propícias para o surgimento e/ou atuação do direito transnacional.

Mas ainda que nesse quadro de interações e relações multifacetadas, – como autêntico legado cultural (globalização do *rule of law*) – os Estados – ainda – recorrem à ideia de dotar-se da sua

“própria” constituição como condição para o reconhecimento de sua identidade internacional, representando uma espécie de compromisso generalizado em torno da necessidade da existência de um instrumento constitutivo que, paradoxalmente, ao mesmo tempo que representa a corporificação da independência do Estado, representa um fator de limitação do exercício do próprio poder pelas instituições estatais.

Contudo, os Estados dependem deste documento para que sejam dotados de critérios para aferição externa do grau de legitimidade material de suas instituições políticas. Portanto, se não se pode prescindir do Estado, igualmente não se pode prescindir da presença de uma constituição.



#### 4. MULTIPLICAÇÃO DOS REGIMES DE REGULAÇÃO TRANSNACIONAL: EXPANSÃO, FRAGMENTAÇÃO E INTERCONECTIVIDADE

Como foi possível concluir do capítulo anterior, os processos de globalização têm provocado profundas transformações na forma de organização das comunidades políticas que implicam uma reestruturação do princípio da territorialidade e fazem nascer múltiplos espaços de regulação transnacional.

Independentemente da dimensão de análise ou da perspectiva teórica que se adote frente a tais fenômenos, a vasta literatura compilada ressalta dois elementos que os caracterizam: uma intensa interconectividade para além das fronteiras territoriais do Estado e a percepção sobre a existência de problemas/questões que, em razão de sua escala (global), não podem ser eficazmente enfrentados pelos governos isoladamente.

A partir de uma perspectiva funcionalista<sup>283</sup>, é possível reconhecer como uma das características da modernidade internacional recente o seu acelerado processo de “diferenciação funcional”, ou seja, a crescente especialização de partes da sociedade, acompanhada da correlata autonomização destas mesmas partes (KOSKENNIEMI, 2006, § 7, p. 10-11; FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004a). É neste sentido que deve ser compreendido o processo de expansão aqui mencionado, ou seja, de expansão dos âmbitos de regulação que transcendem o espaço territorial do Estado<sup>284</sup>.

O presente capítulo pretende lidar com dois âmbitos distintos de regulação: os regimes autônomos (*self-contained regimes*) compreendidos como subsistemas especializados do direito internacional (seção 4.1); e, os regimes privados de regulação não-Estatal (independente do Estado) que têm na *lex mercatoria* o seu caso paradigmático (seção 4.2). Portanto, na primeira seção, a análise ficará adstrita às dificuldades suscitadas nos espaços decisórios que,

---

<sup>283</sup> É importa frisar, de início, que o presente trabalho não adota a teoria dos sistemas como o seu marco teórico. Todavia, em determinados momentos, sobretudo quando se realiza alguns diagnósticos sobre as transformações em curso, recorre-se a algumas de suas construções por duas razões: pela utilidade dos elementos suscitados para fins de diagnóstico, e pela reprodução de importantes trabalhos sobre a temática que problematizam as múltiplas relações constituídas neste cenário hipercomplexo a partir de algumas destas categorias.

<sup>284</sup> É digna de nota a crítica formulada por Andreas Paulus (2004) acerca da proposta dos autores sobre a ausência de qualquer debate acerca da legitimidade substantiva ou mesmo democrática.

transcendendo as dimensões tradicionalmente associadas ao direito internacional, têm no sistema de Estados o seu principal ponto de referência; enquanto na segunda seção a questão será tratada sob uma perspectiva mais abrangente, a partir da qual se pretende analisar os múltiplos espaços de regulação transnacional.

Ao enfrentar os âmbitos de regulação, será conferida especial ênfase a algumas questões problemáticas e de vital importância para a presente pesquisa: (i) a necessidade de desenvolvimento de uma adequada compreensão sobre o *conflito entre regimes* e sobre uma possível *unidade* entre os âmbitos de regulação internacional<sup>285</sup>; (ii) a plausibilidade da tese acerca da existência de um processo de deslocamento dos critérios de demarcação do âmbito de validade dos regimes regulatórios, da *territorialidade para a funcionalidade*<sup>286</sup>; e, (iii) o acento a ser dado aos diferentes *atores sociais* que, não somente multiplicam-se em cada uma das diferentes searas, como empreendem diferentes formas de atuação transnacional<sup>287</sup>.

#### 4.1. EXPANSÃO E FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

A constatação de inúmeros movimentos de espraiamento do direito internacional em diversos domínios, de um lado, revela o aumento da importância das instâncias de regulação situadas fora do domínio dos Estados (daí a ideia de expansão); de outro lado, desperta reações apaixonadas que ressaltam os riscos (perigos) à unidade sistêmica e o esfacelamento da autoridade (daí a ideia de fragmentação). As “ansiedades” em torno dos conflitos emergentes e dos processos de desestabilização da “unidade construída” em torno do direito

---

<sup>285</sup> Em seu ínterim, receia-se pela perda da capacidade ordenadora da ideia de coerência intrassistemática e da suposta unidade da ordem jurídica internacional, isto ocorreria, dentre outros fatores, pela sublevação da hierarquia mediante a dispersão de autoridades decisórias.

<sup>286</sup> Esta guinada é defendida pelos autores ligados à teoria dos sistemas que têm por base o diagnóstico feito por Niklas Luhmann em relação à mudança do critério para demarcação dos subsistemas jurídicos da dimensão territorial para a funcional, tendo em vista os impactos decorrentes dos múltiplos processos de globalização e de diferenciação funcional da sociedade (agora mundial) altamente complexa.

<sup>287</sup> Esta atuação transnacional opera-se através de inúmeras estratégias que envolvem: a escolha da instância decisória mais favorável (*forum shopping*); a possibilidade de provocação simultânea de diferentes esferas decisórias (HAFNER, 2004); a articulação em redes e atuação orquestrada em diferentes níveis de regulação (local, nacional, transnacional, internacional e global)

internacional (KOSKENNIEMI; LEINO, 2002) foram os marcos constitutivos da agenda de debates inaugurada sobre a chamada *fragmentação do direito internacional*.

O processo de expansão aqui tratado decorre da ampliação da abrangência material do direito internacional e resulta tanto da intensificação dos padrões de cooperação interestatal (o direito internacional passa a cobrir quase todos os campos da atividade humana: política, social, econômica e técnico-científica), quanto de múltiplos movimentos de especialização funcional da sociedade internacional que demandam por diferentes processos de juridificação de suas expectativas contrafáticas. (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004a).

Por sua vez, a questão relativa à fragmentação do direito internacional envolve questionamentos de índole tanto *institucional*, quanto *substantiva*. As primeiras decorrem da multiplicação da possibilidade de conflitos entre autoridades<sup>288</sup> e da existência de práticas desviantes<sup>289</sup> em relação ao *mainstream* do direito internacional<sup>290</sup>. Por sua vez, as segundas decorrem do processo de especialização (tanto temática, quanto geográfica) que se opera mediante a insurgência de âmbitos normativos autônomos (altamente especializados) e parcialmente sobrepostos. (KOSKENNIEMI, 2006, §§ 12-16).

Com isto, opera-se uma multiplicação das arenas político-institucionais em diferentes espaços de regulação, que se formam mediante deslocamentos do *decision making power* em múltiplas direções, tanto no plano vertical, através da transferência de funções regulatórias dos Estados para contextos supra e intergovernamentais; quanto no plano horizontal, através da dispersão de centros decisórios para além das instituições associadas ao direito internacional geral<sup>291</sup> (e.g., Assembleia Geral da ONU e a Corte Internacional de Justiça).

---

<sup>288</sup> A falta de hierarquia entre os órgãos é apontada como um dos principais riscos decorrentes da chamada proliferação de órgãos decisórios, abalando a estrutura de segurança e previsibilidade no direito internacional. (DUPUY, 1999, p. 797).

<sup>289</sup> “Such deviations should not be understood as legal-technical ‘mistakes’. They reflect the differing pursuits and preferences that actors in a pluralistic (global) society have. In conditions of social complexity, it is pointless to insist on formal unity.” (ILC-UN, A/CN.4/L.682, § 16).

<sup>290</sup> Pierre-Marie Dupuy (1999, p. 797) reporta o que define como a falta de um *background* adequado em relação ao direito internacional público de muitos dos juízes internacionais investidos de funções decisórias nos múltiplos órgãos judiciais e quase-judiciais em funcionamento.

<sup>291</sup> Para os propósitos deste trabalho, a expressão direito internacional geral refere-se: “to general customary law as well as ‘general principles of law recognized by civilized nations’ under article 38 (1) (c) of the Statute of the International Court of Justice. But it might also refer to principles of international law proper and to analogies from domestic laws, especially

Estes novos espaços são marcados pela atuação crescente de atores não-estatais (organizações internacionais, organizações não-governamentais e corporações com atuação transnacional, corpo burocrático dos Estados e mesmo atuação direta de indivíduos) e são impulsionados a aumentar o grau de eficácia das regulações neles produzidas<sup>292</sup> (KOSKENNIEMI, 2006, §§ 482-483). Esta preocupação em aumento de sua eficácia se perfaz mediante dois movimentos distintos: o desenvolvimento de sofisticados mecanismos institucionais de supervisão e solução de controvérsias (DUPUY, 1999, p. 795) e o desenvolvimento de uma diversidade de instrumentos desprovidos de natureza vinculante (*soft law*) (WEIL, 1983; GOLDMANN, 2009).

Um breve inventário da literatura sobre a temática revela, em primeiro plano, a repercussão para o direito internacional da tensão entre duas perspectivas distintas - o universalismo e o particularismo (VON BOGDANDY, DELLAVALLE 2008) - que influenciam inúmeras das presunções assumidas na prática discursiva dos internacionalistas (dimensão político-ideológica<sup>293</sup>) e se materializam na alegoria proposta por Bruno Simma e Dirk Pulkowski (2006) de tensão entre “Planetas e Sistema”, segundo a qual as diferentes abordagens teóricas revelam a existência de níveis de análise distintos<sup>294</sup> que opõem a ênfase dada ao “Sistema” (à ordem jurídica internacional) pelos universalistas<sup>295</sup> à

principles of the legal process (*audiat et altera pars, in dubio mitius, estoppel* and so on).” (KOSKENNIEMI, 2006, § 493, p. 252).

<sup>292</sup> Martti Koskeniemi (2006, § 133) refere-se a esta questão nos seguintes termos: “Functionally oriented as such regimes are, they also serve to identify and articulate interests that serve to direct the administration of the relevant rules.”

<sup>293</sup> As expressões “riscos”, “ausência de um plano geral”, “fragmentado e pouco manejável” revelam ansiedade sobre as incertezas, os conflitos e paradoxos dos influxos da globalização e da pós-modernidade no âmbito do direito internacional. Esta ansiedade, de acordo com Martti Koskeniemi e Päivi Leino (2002), emascara o embate sobre o deslocamento de poder dos “órgãos centrais” do direito internacional (ONU e Corte Internacional de Justiça) e revela a existência de tensões no âmbito das novas arenas políticas que perpassam as opções e escolhas interpretativas, inclusive, de recorrer (ou não) aos elementos do direito internacional geral para a solução das questões postas à mesa.

<sup>294</sup> Os autores transplantaram, por analogia, a proposta metodológica feita por J. David Singer (1961), segundo quem “os resultados analíticos de uma única e idêntica questão política variam de acordo com a circunstância segundo a qual a análise tenha sido desenvolvida no nível do sistema internacional ou no nível do estado nacional”. Em certo sentido, nisto consiste a crítica formulada por M. Koskeniemi e P. Leino (2002) quando conferem ênfase à dimensão política das escolhas empreendidas pelos internacionalistas quando da aplicação das máximas interpretativas frente aos conflitos que se lhes apresentam.

<sup>295</sup> O modelo orientado ao sistema (perspective universalista) “tends to lead the observer into a position that exaggerates the impact of the system upon the particular regimes and, conversely, discounts the impact of the regimes on the system.” (SIMMA; PULKOWSKI, 2006, p. 506).

ênfase atribuída aos “Planetas” (aos regimes especiais) pelos particularistas<sup>296</sup>.

Após um longo período de discussões<sup>297</sup>, a Comissão de Direito Internacional da ONU, em 2006, aprovou o Relatório final do Grupo de Trabalho (ILC/ONU, A/61/10, 2006), dirigido por Martti Koskenniemi (2006).

A partir de um recorte metodológico inicial<sup>298</sup>, a Comissão de Direito Internacional reduziu o escopo de análise ao enfrentamento dogmático dos conflitos entre normas suscitados (e potencializados). Para tanto, Martti Koskenniemi (2006) recorre às técnicas tradicionais para solução de antinomias<sup>299</sup>, como ferramentas úteis<sup>300</sup>, a partir das

---

<sup>296</sup> O modelo orientado aos regimes especiais, “on the other hand, avoids an inaccurate homogenization that may flow from the systemic focus. However, it may also lead to the opposite type of distortion – a marked exaggeration of the differences among sub-systemic actors and a certain blindness to their common systemic construction.” (SIMMA; PULKOWSKI, 2006, p. 506).

<sup>297</sup> Foi por esta razão que a preocupação com a unidade e com a questão em torno do conflito normativo entre estes âmbitos de regulação nortearam a fixação dos critérios que subsidiaram a criação do programa de longa duração, no âmbito da Comissão de Direito Internacional – ILC/ONU, intitulado “Risks ensuing from fragmentation of international law”, em sua 52ª Sessão, ocorrida em 2000; transformado em Grupo de Trabalho, em sua 54ª Sessão, ocorrida em 2002 (“Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law”); culminando com o Relatório final do Grupo de Trabalho, dirigido por Martti Koskenniemi, intitulado “Fragmentation of international Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law”, apreciado na 58ª Sessão, ocorrida em 2006. (KOSKENNIEMI, 2006, §§ 1-4).

<sup>298</sup> “The starting-point of this report is that it is desirable to provide a conceptual frame within which what is perhaps inevitable can be grasped, assessed, and managed in a legal-professional way. That frame is provided by the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 (VCLT). One aspect that does seem to unite most of the new regimes is that they claim binding force from and are understood by their practitioners to be covered by the law of treaties.” (KOSKENNIEMI, 2006, § 17).

<sup>299</sup> De acordo com esta perspectiva dogmática, tais conflitos podem ser enfrentados, analogicamente, a partir do recurso aos critérios clássicos de solução de antinomias: a prevalência da norma especial *lex specialis* em detrimento da norma geral (problema da especialização funcional) (Seção C, §§ 46-222), da *lex posterior* em relação a lei anterior (sucessão no tempo) (Seção D, §§ 223-323), da *lex superior* em relação à lei inferior (questão da hierarquia) (Seção E, §§ 324-409) e de interpretação sistemática como máxima interpretativa similar à técnica de interpretação conforme no direito doméstico (relação todo-parce) (Seção F, §§ 410-480).

<sup>300</sup> Em que pese ter recorrido às técnicas tradicionais de solução de antinomias e ter reduzido o fenômeno da fragmentação a um problema entre conflito de normas, em suas conclusões, o próprio Martti Koskenniemi acaba por reconhecer dois limites inerentes a esta perspectiva: o primeiro, de ordem metodológica, relacionado à exclusão deliberada dos regimes privados do objeto de análise; e, o segundo, de ordem epistemológica, relacionado ao reconhecimento da incapacidade de definir aprioristicamente relações de precedência entre os regimes especiais, em face da ausência de hierarquias no direito internacional em geral (KOSKENIEMMI, 2006, §§ 484-485) e da “programação institucional” destes regimes jurídicos internacionais de “priorizarem determinadas preocupações sobre outras”. (KOSKENNIEMI, 2006, § 488).

quais podem ser estabelecidas as relações de atribuição de sentido entre regras e/ou princípios que eventualmente entrem em rota de colisão diante de determinadas situações concretas.

Desta feita, para o autor, a noção de conflito normativo ocorre quando duas regras ou princípios sugerem maneiras distintas de lidarem com determinado problema<sup>301</sup>. Diferentemente do que pode parecer à primeira vista, este entrechoque não é autoevidente, muito menos a sua solução estará sujeita à aplicação de regras lógicas de argumentação jurídica; do contrário, tanto o processo de especificação de demarcação fática do problema, quanto o processo de identificação das formulações normativas alternativas, desenvolvem-se mediante interpretação e escolhas. Desta forma, a coerência pressuposta quando se invoca estas técnicas interpretativas é assumida, tão-somente, como um postulado desejável, tendo em vista a exigência de razoabilidade das respostas concretas aos problemas suscitados. (KOSKENNIEMI, 2006, §§ 25-26).

#### **4.1.1. Demarcação teórica sobre os regimes autônomos (*self-contained regimes*)**

Os regimes autônomos, no âmbito do direito internacional, são tratados a partir de duas perspectivas diferentes: (i) uma primeira, de índole *substancialista*, a qual se ocupa em ressaltar as peculiaridades de determinado regime (subsistema) capazes de diferenciá-lo (do direito internacional geral) e de conferir-lhe sistematicidade própria; esta perspectiva tende a fundar a legitimidade destes regimes em determinados valores compartilhados, em estreita correspondência à natureza peculiar que dirige sua *especialização funcional*; (ii) uma segunda, de *índole formalista*, ocupa-se em enfrentar as questões suscitadas a partir de uma ênfase especial ao *conflito entre normas*, desta forma, tende a reduzi-las ao problema da relação entre o direito internacional e o direito especial veiculado por tais regimes (*lex specialis*), buscando minimizar, assim, um possível efeito desagregador destes conflitos sobre o direito internacional.

A Comissão de Direito Internacional (ILC/ONU, A/61/10, 2006, § 251, concl. 12), ao debruçar-se sobre o tema, identificou, na prática jurisprudencial da Corte Internacional de Justiça e em cortes

---

<sup>301</sup> Em suas palavras: “At this juncture, it is useful to distinguish the question of overlap or potential for conflict between different fields of international law in the phase of law-making, from conflicts occurring in the phase of law enforcement.” (PAWELYN, 2004, p. 906)

supranacionais especializadas, três sentidos distintos atribuídos à expressão “regimes autônomos”: (i) o primeiro, definido a partir de critérios formais (identificação de um conjunto completo, exaustivo e definitivo de regras secundárias), permite diferenciar os regimes em razão da existência ou não de regras gerais de responsabilização e de aplicação de contramedidas distintas das regras gerais do direito internacional<sup>302</sup> (*lex specialis* reforçada) (Caso *Tehran Hostages*<sup>303</sup>, CIJ, 1980); (ii) o segundo, encontra-se ligado à identificação de um regime especial formado por um grupo de regras relacionadas a determinada matéria, veiculadores de direitos e obrigações, circunscritas a determinada área geográfica ou questão específica; nestes termos, o regime especial daí emergente excluiria a aplicação analógica de outras regras, provenientes do direito internacional geral, que entrassem em rota de colisão com as regras expressamente pactuadas<sup>304</sup> (Caso *Wimbledon*<sup>305</sup>,

---

<sup>302</sup> Em 1949, a Comissão de Direito Internacional pôs em pauta a ideia de instituir uma Convenção sobre a Responsabilização internacional dos Estados por ilícitos internacionais, e, desde então, debruça-se nesta tarefa. Na sétima sessão (1955), encetou os estudos e designou o García Amador como Relator Especial, o qual apresentou seis relatórios relativos ao tema. Em 1963 (15ª sessão), a Comissão nomeou Roberto Ago como Relator Especial, sucedido, posteriormente, por Willem Riphagen, Gaetano Arangio-Ruiz e James Crawford, em 1979 (31ª sessão), 1987 (39ª) e 1997 (49ª), respectivamente. Na 25ª sessão (1973), com base no relatório de Roberto Ago, a Comissão procedeu à elaboração do projeto de artigos sobre o mote. Após inúmeros debates nas sessões seguintes, a Comissão concluiu, em 2001 (53ª sessão), a segunda leitura do projeto de artigos, oportunidade em que criou dois grupos de trabalho: um para lidar com as principais questões pendentes sobre o tema e outro destinado aos comentários ao projeto de artigos. Na mesma sessão, enfim, a Comissão aprovou o projeto de artigos final sobre a responsabilidade dos Estados, composto de 59 artigos, assim como os respectivos comentários. Destarte, decidiu a Comissão recomendar à Assembleia Geral para tomar nota do projeto de artigos sobre a responsabilidade dos Estado por atos internacionalmente ilícitos em uma resolução. Maiores detalhes no sítio eletrônico da Comissão de Direito Internacional: <[http://untreaty.un.org/ilc/summaries/9\\_6.htm](http://untreaty.un.org/ilc/summaries/9_6.htm)>. Para o presente estudo, o artigo 55 tem especial relevância, dispondo: “*Lex specialis*. These articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law.”

<sup>303</sup> Esta decisão operou a transposição, no âmbito da Corte Internacional de Justiça, do sentido inicialmente atribuído à expressão *self-contained regime* para a ideia concernente ao problema das regras secundárias. De acordo com esta decisão, “[t]he Court asserted that the regime of specific legal consequences contained in the Vienna Convention on Diplomatic Relations was self-contained vis-à-vis the customary international law of state responsibility. Consequently, in the event of violations of the Vienna Convention, no resort may be had to any of the remedies provided for by general international law, because ‘diplomatic law by itself provides the necessary means of defence against, and sanction for, illicit activities by members of diplomatic or consular missions’.” (SIMMA; PULKOWSKI, 2006, p. 491)

<sup>304</sup> Este conjunto de regras podem variar significativamente em termos de escala, como lembra Martti Koskeniemi (2006, § 128), pois tanto envolve âmbitos mais restritos de regulação (e.g., o regime de cooperação judicial entre o Tribunal Penal Internacional e os Estados-parte sob o

CPIJ, 1923); e, (iii) um terceiro sentido, que decorreria do processo de especialização funcional do direito internacional, composto por “regras e princípios que regulam determinada área temática” (circunscritos ou não geograficamente), os quais são considerados, para propósitos de interpretação, como um corpo sistemático autônomo (*Caso Bankovic v. Belgium and others*, 2001, CEDH<sup>306</sup>; *Caso Korea – measures affecting government procurement*, 2000, OMC/SC<sup>307</sup>). De acordo com a classificação antes proposta, os dois últimos usos, com uma variação de intensidade, podem ser caracterizados como desdobramentos da perspectiva *substancialista*, enquanto que o primeiro identifica-se à perspectiva *formalista*<sup>308</sup>.

De acordo com a primeira perspectiva, de índole *substancialista*, a ênfase no caráter autônomo dos regimes está diretamente associada a duas concepções teóricas distintas, porém inter-relacionadas: a *teoria dos regimes internacionais* e a noção de *policentricidade* do direito internacional (SIMMA; PULKOWISKI, 2006, p. 502-504).

Estatuto de Roma), quanto regulações mais abrangentes (e.g., o sistema europeu de proteção dos direitos humanos).

<sup>305</sup> Foi neste julgamento que a então Corte Permanente de Justiça usou pela primeira vez a expressão “*self-contained regime*” para resolver “a question of treaty interpretation concerning the relationship between two sets of primary international obligations.” (SIMMA; PULKOWISKI, 2006, p. 491). De acordo com a análise de Martti Koskeniemi (2006, § 127), o recurso a esta expressão teria decorrido diretamente da aplicação do princípio geral de interpretação que se traduz na “prioridade pragmática das regras do tratado sobre as regras em geral”. De acordo com este princípio, devem ser excluídas interpretações analógicas que resultem na aplicação de regras gerais em detrimento das disposições convencionalmente fixadas em determinado corpo de normas.

<sup>306</sup> Neste caso, “the European Court of Human Rights canvassed the relationship between the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and general international law as follows: ‘the Court recalls that the principles underlying the Convention cannot be interpreted and applied in a vacuum. The Court must also take into account any’ (IAL-ONU, A/61/10, 2006, § 251.(15)).

<sup>307</sup> Neste caso, “the Appellate Body of the WTO noted the relationship between the WTO Covered agreements and general international law as follows: “We take note that Article 3 (2) of the DSU requires that we seek within the context of a particular dispute to clarify the existing provisions of the WTO agreements in accordance with customary international law rules of interpretation of public international law. However, the relationship of the WTO agreements to customary international law is broader than this. Customary international law applies generally to the economic relations between WTO members. Such international law applies to the extent that the WTO treaty agreements do not ‘contract out’ from it. To put it another way, to the extent that there is no conflict or inconsistency, or an expression in a covered WTO agreement that applies differently, we are of the view that the customary rules of international law apply to the WTO treaties and to the process of treaty formation under the WTO.” (IAL-ONU, A/61/10, 2006, § 251.(15)).

<sup>308</sup> É importante ressaltar que estas perspectivas não são autoexcludentes.

Em relação à primeira concepção, a *teoria dos regimes internacionais*, consiste em um desdobramento da tradição liberal na teoria das relações internacionais segundo a qual as instituições ou regimes internacionais afetam o comportamento dos Estados (e de outros atores internacionais)<sup>309</sup>. De acordo com a definição de Stephan Krasner (talvez a mais influente<sup>310</sup>), o regime internacional compreende “um conjunto, implícito ou explícito, de princípios, normas, regras e procedimentos de tomada de decisão em torno da qual as expectativas dos atores convergem em uma determinada área das relações internacionais”<sup>311</sup> (1983, *apud* HAGGARD; SIMMONS, 1987, p. 493), conjunto este destinado a “sustentar e a regulamentar as atividades que ultrapassam as fronteiras nacionais” em sua respectiva área-temática (*issue-area*). (ROSENAU, 2000, p. 21).

Nestes termos, esta definição de regimes autônomos, no âmbito das relações internacionais, permite diferenciá-la de três ideias associadas: de *cooperação internacional*, de *organizações internacionais* e de *ordem e estabilidade das relações internacionais*. Em relação à primeira ideia, apesar dos regimes representarem exemplos de comportamento cooperativo e operarem como meios facilitadores da cooperação, esta (a cooperação internacional) pode

---

<sup>309</sup> “Regime analysis attempted to fill this lacuna by defining a focus that was neither as broad as international structure, nor as narrow as the study of formal organizations. Regime analysis assumed that pattern of state action are influenced by norms, but that such norm-governed behavior was wholly consistent with the pursuit of national interests. Hence, the regimes literature can be viewed as an experiment in reconciling the idealist and realist traditions.” (HAGGARD; SIMMONS, 1987, p. 492).

<sup>310</sup> De acordo com o inventário feito por S. Haggard e B. Simmons (1987, p. 493-496), é possível identificar três sentidos atribuídos à expressão regime internacional. Tais concepções podem ser sumariamente sintetizadas através das seguintes ideias-força: (i) como padrão comum de comportamento em determinada área; (ii) como resultado de normas e expectativas convergentes; e (iii) como resultado de uma ordenação multilateral específica. A proposta de Stephan Krasner identifica-se com a segunda ideia e representaria uma espécie de posição intermediária entre “padrão de ordenação” e “regulação específica”. Em relação ao (i) *primeiro sentido*, o de regime como padrão de comportamento, seria possível identificar um regime quando, em qualquer área temática das relações internacionais, “fosse possível encontrar certa regularidade no comportamento dos atores”, de tal forma que, ante esta regularidade, seria possível identificar um conjunto de princípios, normas e regras aptas a darem conta deste padrão de organização. (PUCHALA; HOPKINS, 1983, *apud* HAGGARD; SIMMONS, 1987, p. 493). Por outro lado, o (iii) terceiro sentido, o de *regime como regulação específica*, é definido como “acordos multilaterais entre os Estados que pretendem regular as ações nacionais, através da fixação de comandos e de obrigações explícitas”, o qual, se por um lado, confere aspectos acentuadamente formalistas, por outro, permite importantes diferenciações entre regime e cooperação e entre regime e consenso normativo. (HAGGARD; SIMMONS, 1987, p. 495).

<sup>311</sup> Tradução livre de: “a set of implicit or explicit principles, norms, rules, and decision-making procedures around which actors’ expectations converge in a given area of international relations.”

materializar-se independentemente da presença de regimes internacionais. Em relação à segunda ideia, apesar dos regimes ajudarem nos processos de institucionalização de setores da vida internacional através da regularização de expectativas, eles não pressupõem a existência de acordos explícitos (ou seja, não pressupõem a existência de organizações internacionais ou acordos multilaterais já formalizados). Por fim, em relação à terceira ideia, indubitavelmente as expectativas compartilhadas que permitem a identificação dos regimes podem contribuir para certa ordem e estabilidade no seio de determinada área temática, todavia, os regimes não as pressupõem; do contrário, a formação de alguns regimes (*e.g.*, o de *Breton Woods*) pode produzir grave perturbação e diferentes rupturas na estabilidade posta. (HAGGARD; SIMMONS, 1987, p. 495-496).

A pretensão ordenadora veiculada através desta regularização de expectativas, identificada e teorizada no âmbito das relações internacionais, não tardou a repercutir no direito internacional<sup>312</sup>; em especial, por conta da profusão de instrumentos de *soft law*<sup>313</sup>. Afinal de contas, a *teoria dos regimes* chama à atenção, entre outras questões, para o impacto destes regimes no padrão de institucionalização das organizações internacionais (novos espaços de regulação e atores), bem como, para o esfumaçamento das fronteiras que separam a política doméstica da política internacional (expansão da regulação internacional e ampliação da interdependência)<sup>314</sup>. E, por conseguinte, encontra eco na ideia ilustrada de compreender o direito como um todo sistemático que se desdobra em múltiplos sistemas autônomos, dotados de princípios e regras específicas.

Em relação à segunda concepção, a noção de *policentricidade*, de acordo com B. Simma e D. Pulkowski (2006, p. 502), remonta à ideia seminal de “duplicação funcional” (*dédoublement fonctionnel*) defendida por Georges Scelle, já no período de entre-guerras. De acordo com o jurista francês, a comunidade internacional deveria ser compreendida como uma “pluralidade de comunidades” (e não como

---

<sup>312</sup> Vale a pena frisar que a utilização da expressão regime autônomo (*self-contained regime*) no âmbito do direito internacional é atribuída à decisão no Caso *Tehran Hostage* (de 1980). O primeiro artigo a buscar definir um sentido atribuído a esta expressão, sem contudo recorrer à dimensão mais abrangente exposta pela teoria dos regimes internacionais, foi Bruno Simma, intitulado *Self-contained regimes*. (SIMMA; PULKOWSKI, 2006).

<sup>313</sup> Dificuldade relacionada à identificação do caráter jurídico (portanto, vinculante) dos diferentes instrumentos que são produzidos nos mais variados fóruns de discussão (arenas políticas) no âmbito internacional. Esta questão será melhor enfrentada na próxima sessão.

<sup>314</sup> Conferir as repercussões para os padrões de relacionamento entre o direito interno e internacional a ser enfrentada na seção 5.1.

um aglomerado de Estados<sup>315</sup>), dotada de um sistema jurídico próprio com precedência sobre a ordem jurídica estatal (a exemplo da tese esposada por Kelsen)<sup>316</sup>; todavia, aquele sistema jurídico seria resultante da atuação descentralizada das autoridades estatais que, ante a ausência de órgãos centrais na comunidade internacional, engajam-se diretamente em processos de definição, execução e controle das normas internacionais (as três funções típicas atribuíveis ao direito<sup>317</sup>). Uma das grandes inovações de sua proposta consistia justamente no deslocamento da centralidade dos Estados no cenário internacional e no reconhecimento de que as autoridades estatais atuam como veículos de produção e afirmação do direito internacional. Esta atuação se materializaria não somente junto aos fóruns internacionais (quando agem em consonância com as prescrições internacionais), mas igualmente quando atuassem no sentido de conferir aplicabilidade a essas normas no plano doméstico de suas jurisdições (daí a ideia de “duplicação funcional”). Estas ideias confluíram para o debate contemporaneamente suscitado sobre a superação dos modelos teóricos de interação entre as ordens jurídicas doméstica e internacional e para a formação das redes transgovernamentais (SLAUGHTER, 2003b).

Acrescido a isto, o acento conferido por Philip Jessup (1965) às relações que perpassam as fronteiras do Estado<sup>318</sup> e à emergência de espaços normativos não estruturados hierarquicamente fornece um

---

<sup>315</sup> Antonio Cassese (1990, p.210-211) ressalta duas premissas teóricas assumidas pelo autor que permitem a compreensão do sentido (e alcance) da ideia de pluralidade de comunidades, nos seguintes termos: (i) sob influência de Léon Duguit, o autor concebe a comunidade internacional não como um aglomerado de estados e entidades intergovernamentais governada por um corpo de normas, mas como uma “pluralidade de comunidades”; desta forma, a comunidade mundial entremeia-se com uma infinidade de ordens jurídicas (subsistemas) de forma tal que cada comunidade não consegue permanecer adstrita a sua própria área, mas interage e sobrepõe-se umas com as outras; (ii) a comunidade internacional não existe como resultado de uma coexistência ou justaposição de Estados, mas como uma interpenetração de pessoas através do comércio internacional (interpenetração entre o direito internacional público e privado como parte de uma mesma realidade fenomênica);

<sup>316</sup> De acordo com a terceira premissa identificada por Antonio Cassese (1990, p. 211), a relação entre as ordens jurídicas que compõem a comunidade internacional é estruturada hierarquicamente (precedência da ordem internacional sobre a ordem estatal e desta sobre os grupamentos em seu interior).

<sup>317</sup> Por fim, a quarta premissa identificada por Antonio Cassese (1990, p. 212) na obra do jurista francês, consiste na presunção segundo a qual qualquer sistema jurídico, para poder existir, deve atender a uma tríplice função: criação de normas (*law making*), execução e controle (*adjudication and enforcement*).

<sup>318</sup> O enfrentamento a partir de um ponto de vista integrado do direito internacional dos fenômenos que perpassam as fronteiras dos Estados, afetando o domínio internacional, foi o ponto de partida do trabalho de Philip Jessup (1965) para a proposta de demarcação de um direito transnacional.

conjunto de ideias-força que transcendem a visão tradicional do direito internacional. Estas ideias desembocam, no final da década de 80, na noção de policentricidade<sup>319</sup>.

O termo *policentricidade*, empregado por Henrick Zahle (1995, *apud* WIND, 2003, p. 122), descreve um sistema em seu limite, já que, para o autor, “em uma ordem policêntrica, não existem relações hierárquicas pré-definidas” e as relações de incompatibilidade só podem ser definidas após a instauração de um conflito, portanto não podem ser fixadas de forma estática e apriorística<sup>320</sup>. Esta abordagem, reforçando a dispersão própria do direito internacional, pretende redefinir os “[sub]sistemas jurídicos como relações entre várias ordens normativas ou ‘centros’ decisórios”. Entretanto, pelo fato de tais centros decisórios encontrarem-se (axiologicamente) circunscritos ao seu respectivo sistema, eles atuam em conformidade com o conjunto de visões de mundo compartilhadas em seu interior, as quais são decisivas para os processos de significação a serem produzidos pelas instituições responsáveis pela sua implementação e adjudicação. (SHINA, 1996, *apud* GARCIA, 1996, p. 1087).

Desta forma, este movimento não pretende simplesmente descrever o pluralismo de valores existente na vida em sociedade, mas caracterizar o pluralismo como um elemento constitutivo fundamental e um ideal normativo inerente a qualquer sistema social, inclusive, do sistema jurídico que pretende ordená-lo (ZAHLE, 1995, *apud* WIND, 2003)<sup>321</sup>. O pluralismo jurídico transnacional, nestes termos, é reconhecido, no âmbito desta corrente teórica, como uma realidade fenomênica e como máxima a ser promovida, que exige que os elementos normativos dos sistemas sejam significados, preferencialmente, a partir de sua conexão interna.

Ambas as ideias, de regime internacional e de policentricidade, contribuem para o desenvolvimento da noção de regime especial como subsistema do direito internacional, dotado de autonomia e sistematicidade próprias, que se diferencia das demais normas gerais

---

<sup>319</sup> A expressão foi inicialmente utilizada por Henrick Zahle, em 1986.

<sup>320</sup> “This conflicting ambition within the individual orders, this instability is not new, but has perhaps been less noticed earlier, and the breaking up of fundamental divisions and relations has increased the uncertainty ... between national law and international law, between private law and public law, between state law and informal non-authoritative law, between cooperative law, private law and state law.” (ZAHLE, 1995, *apud* WIND, 2003, p. 122).

<sup>321</sup> A questão relativa ao pluralismo e à hierarquização do direito internacional será discutida adiante, na seção 5.2.

mediante uma interligação de discursos institucionalizados e doutrinários de construção de princípios, regras e instituições próprias.

Inúmeros esforços podem ser compilados neste sentido, contribuindo para a demarcação de determinados regimes específicos, como, p.ex., direitos humanos; direito do mar; propriedade intelectual; ambiental; trabalho; comércio internacional; direito de investimentos; direito de refugiados; entre tantos. Apesar do obliteramento da territorialidade em face da especialização funcional, outro fator que concorre para a compartimentalização do direito internacional em regimes setoriais consiste no estabelecimento de elementos geográficos<sup>322</sup>, os quais operam uma demarcação do alcance das normas de regulação de determinados elementos setoriais (e.g., direito comunitário, sistema interamericano de direitos humanos).

Estes processos de espraiamento do direito internacional acabam por fazer emergirem (a necessidade de<sup>323</sup>) inúmeras instâncias decisórias supranacionais de carácter judicial e quase-judicial. Instâncias estas que, através de elementos discursivos, ao mesmo tempo em que reforçam as particularidades deste subsistema (através de discursos de diferenciação frente ao direito internacional em geral), reiteram o seu vínculo com o direito internacional geral a partir do recurso às regras secundárias, em carácter subsidiário (*fall-back*)<sup>324</sup>. Isto é assim porque os regimes autônomos “não operam em um vácuo jurídico” (KOSKENNIEMI, 2006, § 120)<sup>325</sup>, razão pela qual é possível, em última instância,

---

<sup>322</sup> Opera-se aqui um novo processo de reterritorialização, como discutido na seção 3.1.3.

<sup>323</sup> Pemmaraju S. Rao (2004) defende que a expansão do direito internacional resultou na necessidade de implantação de novos tribunais internacionais investidos da tarefa de monitorar e supervisionar a aplicação, pelos Estados membros, das obrigações internacionais constituídas nestes fóruns. Ressalte-se ainda a importância crescente que os atores não-estatais desempenham nestes *fora*. Para o autor, a multiplicação destas instâncias decisórias acaba por reforçar o processo de integração e a eficácia geral do direito internacional.

<sup>324</sup> Concorrem para esta direção as análises empreendidas por B. Simma e Pulkowski (2006).

<sup>325</sup> “No rule, treaty, or custom, however special its subject-matter or limited the number of the States concerned by it, applies in a vacuum. Its normative environment includes - as will be elaborated in more detail in section F below - not only whatever general law there may be on that very topic, but also principles that determine the relevant legal subjects, their basic rights and duties, and the forms through which those rights and duties may be supplemented, modified or extinguished. Principles such as “sovereignty”, “non-intervention”, “self-determination”, “sovereign equality”, “non-use of force”, *audiatur et altera pars*, “no one may prohibit from his wrong”, and so on, as well as interpretative maxims such as *lex specialis and lex posterior*, together with a host of other techniques of legal reasoning all are part of this framework.” (KOSKENNIEMI, 2006, § 120).

reconhecer a existência de uma certa unidade ao sistema jurídico internacional<sup>326</sup> (PAULUS, 2004).

É justamente na ênfase atribuída ao ponto de contato entre os regimes autônomos e o direito internacional em geral, e os conflitos surgidos neste ínterim<sup>327</sup>, que reside o ponto central a partir do qual se estrutura a perspectiva de índole *formalista*, como a exposição inicial pôde revelar.

A Comissão de Direito Internacional<sup>328</sup> (ILC), de forma paradigmática<sup>329</sup>, define os regimes autônomos (*self-contained*) como “um grupo de regras e princípios relacionados a um determinado assunto” que constituem um “regime especial” aplicável como “*lex specialis*”, tais regimes “geralmente têm suas próprias instituições responsáveis pela supervisão da aplicação das regras relevantes.”<sup>330</sup> (ILC/ONU, A/61/10, 2006, § 251, concl. 11).

A questão acerca dos regimes autônomos foi parcialmente tangenciada pela Comissão de Direito Internacional em momento

<sup>326</sup> Em suas palavras: “(...) issue areas are held together by a minimum of common values and decision-making procedures – in other words, by general international law which bases its legitimacy on decisions of, ideally democratic, national processes of decision-making.” (PAULUS, 2004, p. 1049-1050)

<sup>327</sup> Martti Koskenniemi (2006, § 47-55), antes de demarcar o conceito de regime como *Lex specialis*, ocupa-se em apresentar três espécies de colisão entre normas que produzem a chamada fragmentação do direito internacional e que tangenciam o problema da aplicação dos regimes especiais: (i) colisão entre a norma geral e uma interpretação particular não-ortodoxa; esta situação descortina-se quando ocorrem decisões discrepantes sobre determinada questão produzida por instâncias decisórias distintas e não estruturadas hierarquicamente (problema de segurança jurídica e de igualdade de tratamento); (ii) conflito entre as regras gerais e determinada regra particular considerada como uma exceção justificada em face de sua inserção em determinado regime em que é produzido (e.g. interpretação restritiva conferida pela CEDH e CIDH às cláusulas de reserva feitas por Estados-parte quando aderem ao sistema regional de proteção de direitos humanos); (iii) conflito entre regras presentes em diferentes regimes especiais (e.g., eventual conflito entre direito ambiental e do comércio internacional quanto à aplicabilidade ou não do princípio da precaução). (KOSKENNIEMI, 2006, §§ 47-55).

<sup>328</sup> Bruno Simma e Pulkowski empreendem um processo de revisão do posicionamento da Comissão, para os autores: “the Commission moved away from Riphagen’s idea of several competing regimes of equal rank and towards Arangio-Ruiz’s concept of a canon of general law that is applicable automatically unless states have specifically contracted out by virtue of a special legal regime. (SIMMA; PULKOWSKI, 2006, p. 494).

<sup>329</sup> Definição vastamente subscrita pelos autores, tendo sido inclusive admitida por Gunther Tebuner e Andreas Fischer-Lescano (2004a). Estes últimos preocupam-se, porém, em ampliar-lhe o escopo a fim de compreender outros elementos normativos (para além dos instrumentos tradicionalmente reconhecidos de direito internacional) e abarcar a atividade de outras organizações e instituições. A questão sobre esta ampliação de escopo a fim de compreender os regimes de regulação privados (não-estatais) será discutida na seção 2.2.2

<sup>330</sup> Tradução livre de: “A group of rules and principles concerned with a particular subject matter may form a special regime (“Self-contained regime”) and be applicable as *lex specialis*. Such special regimes often have their own institutions to administer the relevant rules.”

anterior, por ocasião da discussão em torno do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos. É no contexto do debate sobre sua aplicabilidade residual<sup>331</sup> aos conflitos regulados no âmbito dos regimes especiais que a Comissão desenvolveu o seu conceito *standard* sobre o regime autônomo (*self-contained regimes*), qualificando-o como regime especial em sentido forte<sup>332</sup>.

De acordo com a Comissão, os regimes autônomos (em sentido forte) são aqueles dotados dos seguintes elementos: (i) mecanismos próprios de responsabilização (*accountability*); (ii) adesão dos Estados ao regime pressupõe uma adesão em bloco; (iii) natureza objetiva da obrigação assumida (ou seja, impossibilidade de recusa ao seu cumprimento com base na exceção de reciprocidade).

Ademais, a exemplo dos regimes nacionais, as condições de possibilidade para a sua instituição estão definidas, em linhas gerais, pela CVDT<sup>333</sup> (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados), de forma tal que todo regime especial “encontra-se ligado ao direito internacional geral através de três maneiras” (KOSKENNIEMI, 2006, §194): (i) as condições de validade dos regimes especiais são determinadas pelo direito internacional geral; (ii) justamente por causa de sua especialidade, os regimes autônomos não são capazes de prover todos os recursos para a sua aplicação, razão pela qual encontram nas

---

<sup>331</sup> A questão foi sumarizada nos seguintes termos: (i) os Estados são livres para firmarem compromissos internacionais os quais terão precedência sobre quaisquer outras regras gerais, exceto em relação àquelas consideradas peremptórias do direito internacional geral (aplicação da máxima *lex specialis*); (ii) em que pese terem precedência sobre as demais regras gerais, os instrumentos que instituem o regime especial não importam derrogação das regras gerais que continuam aplicáveis subsidiariamente (*fall-back*); (iii) esta assertiva é possível mediante o emprego da máxima de “interpretação efetiva” a qual exige que se adote a interpretação que melhor confira efeitos à norma em questão, e, no caso, ante a ineficácia das regras especiais, seria exigível a interpretação das regras convencionais em consonância com os princípios gerais do direito internacional. (KOSKENNIEMI, 2006, § 152; SIMMA; PULKOWSKI, 2006, p. 508)

<sup>332</sup> “It distinguished between what it called a ‘strong’ and a ‘weak’ form of *lex specialis* and labeled only the former ‘self-contained’. Why it used the terminology of ‘strong’/‘weak’ is far from clear, however, and possibly a source of confusion. The operative distinction in the Commentary is not between provisions that are normatively ‘stronger’ and those that are normatively ‘weaker’ but that between ‘specific treaty provisions on a single point’ (regular *lex specialis* - the Commission’s ‘weak’ form) and whatever could be extracted from the S.S. Wimbledon and Hostages cases (the Commission’s ‘strong’ form).” (KOSKENNIEMI, 2006, § 151).

<sup>333</sup> A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, foi incorporada pelo Estado brasileiro pelo Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009, do Presidente da República, após aprovação do Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n.º 496, de 17 de julho de 2009.

normas de direito internacional geral material normativo (e diretivas interpretativas) para o preenchimento das lacunas em sua operação e restrições emanadas de normas peremptórias; e, ainda, (iii) o regime geral de responsabilidade opera como *fall-back* em caso de ineficiência dos meios próprios de aplicabilidade.

Desta forma, o acento dado aos regimes autônomos desloca-se da identificação de um conjunto substantivo de normas (regras primárias), para a identificação da existência (ou não) de um conjunto de características estruturais aptas a conferirem sistematicidade a este regime (regras secundárias). Se o deslocamento peca por diminuir a vitalidade do debate suscitado pela especialização funcional, permite a identificação dos padrões de relação a serem mapeadas quando do enfrentamento, sobretudo, dos conflitos entre regimes<sup>334</sup>, afinal de contas:

[d]isputas relacionadas à operação dos regimes nem sempre podem ser adequadamente tratadas pelos mesmos órgãos que devem lidar com a questão relativa ao reconhecimento de direitos. Do mesmo modo, quando os conflitos emergem entre provisões de tratados que se originam de regimes distintos, deve-se tomar cuidado para que se garanta que qualquer decisão não seja ditada por órgãos exclusivamente ligados com um destes regimes conflitantes.<sup>335</sup> (KOSKENNIEMI, 2006, § 493, p. 252).

Para além das questões que se apresentam a uma “teoria dos regimes especiais” a ser construída<sup>336</sup>, o debate em torno dos regimes

---

<sup>334</sup> Para Celso Lafer (2007, p.14), a dificuldade em “precisar juridicamente as relações *inter se* entre estes diversos regimes especiais exprimem uma crise do Direito Internacional Público geral”.

<sup>335</sup> Tradução livre de: “Disputes concerning the operation of the regimes may not always be properly dealt with by the same organs that have to deal with the recognition of claims of rights. Likewise, when conflicts emerge between treaty provisions that have their home in different regimes, care should be taken so as to guarantee that any settlement is not dictated by organs exclusively linked with one of the other of the conflicting regimes.”

<sup>336</sup> De acordo com a proposição final de encaminhamento, feita por Martti Koskenniemi, esta teoria dos regimes deveria enfrentar as seguintes questões: “(a) The types of international and transnational regimes that have come to existence as a result of the process of globalization; (b) The manner of the autonomous operation of regimes. This could involve questions such as the formation and operation of internal regime-hierarchies, the principles of interpretation applicable to regime-instruments, the specific types of rules or institutions needed to enable the coherent operation of regimes and so on; (c) The role of general (public) international law in regimes, including in the solution of interpretative conflicts and providing for responsibility for any violation of regime-rules. The relations of public and private law, including soft law and

especiais, independentemente da ênfase que se lhe atribui, exige que sejam revisitados os papéis tradicionalmente conferidos à unidade, à hierarquia e aos Estados no processo de construção dinâmica dos espaços de regulação transnacional.

#### **4.1.2. Coerência e unidade no direito internacional público: a existência de uma hierarquia informal entre normas no direito internacional**

Falar sobre a existência de um fenômeno de fragmentação do direito internacional pressupõe, em certo sentido, a afirmação de uma unidade anterior (a fragmentar-se), ou seja, implica conceber o direito internacional como uma ordem unificada, como um sistema jurídico dotado de algum grau de coerência e hierarquização interna. Portanto, daí decorre a primeira dificuldade a ser enfrentada neste tópico, qual seja, em quais termos é possível (re)construir a unidade sistemática do direito internacional, considerado que suas normas são difusamente produzidas na sociedade internacional (dispersão dos centros produtores de normas internacionais)<sup>337</sup> e que o mesmo constrói-se sem o recurso à estruturação hierárquica de suas fontes normativas<sup>338</sup>, conceitos-chave para a diferenciação do direito internacional do direito doméstico.

---

other non-binding instruments in such regimes could be examined; (d) Many provisions in technical treaty-regimes have an exhortatory, procedural or “programmatic” character. Such provisions contrast sharply with provisions providing subjective rights or obligations. While the former may easily be adjusted in case of conflicts (or, for example, lack of resources), the latter are not so easily “balanced” or “coordinated”. Any study of regime-rules should take into account such contrast in the normative power of particular regime-rules. (e) The conditions and consequences of regime failure. What counts as “regime failure” in the first place? When do the procedural means of redress of general law, normally suspended, become applicable? (f) The whole complex of inter-regime relations is presently a legal black hole. What principles of conflict-resolution might be used for dealing with conflicts between two regimes or between instruments across regimes? (g) The settlement of disputes within regimes may not be subject to the same rules or procedures as settlement of disputes across regimes. For the latter case, there is a particular need to ensure that impartial settlement mechanisms are available.” (KOSKENNIEMI, 2006, § 493, p. 253).

<sup>337</sup> Juan Antonio Salcedo (1997, p. 584) enfatiza a centralidade dos Estados e o elemento consensual do sistema internacional nos seguintes termos: “It is for this reason that in international law, states are both the legislators and the subjects of rules; consent by states is thus logically the keystone in the process of creating international legal rules.”

<sup>338</sup> Antonio Salcedo (1997) chama a atenção para o fato de que a oposição entre direito nacional e direito internacional centrada como pares opostos (centralizado vs. descentralizado; fortemente institucionalizado vs. baixos níveis de institucionalização) afigura-se artificial e desprovida de base empírica.

Neste tópico, pretende-se discutir de que forma a noção de sistema internacional como ordem jurídica constrói-se em associação a diferentes postulados de *unidade e coerência* do direito internacional, para então, em seguida, enfrentar duas perspectivas contemporâneas que recolocam o *problema da hierarquia* no cenário internacional: a primeira, ligada à possibilidade de reconstrução discursiva desta unidade, quer seja através de determinados fatores de legitimação material, quer seja através da atuação “integradora” de determinadas instituições decisórias; e, a segunda, diretamente relacionada à anterior, ligada à existência de normas internacionais que gozam de uma posição hierárquica superior às demais normas e, como tal, permitiriam exames múltiplos de compatibilidade vertical.

É possível compilar inúmeros esforços de fundamentação teórica da ideia de unidade do direito internacional. Nos termos da breve análise desenvolvida por Bruno Simma e Dirk Pulkowski (2006, p. 495-501), os mesmos incluem: (i) o reconhecimento de hierarquias emergentes (*e.g.*, as normas peremptórias) (DELMAS-MARTY, 2003; CANÇADO TRINDADE, 2002a; 2003); (ii) o enfeixamento de um sistema de normas secundárias cada vez mais completo<sup>339</sup> (HART, 2009); (iii) a possibilidade de construção de um consenso compartilhado em torno de

---

<sup>339</sup> Hart identifica na estrutura do sistema jurídico duas classes de normas, as quais denomina normas primárias e secundárias. De acordo com o autor, um sistema jurídico pode ser definido a partir da identificação da existência destas duas classes normativas. As regras primárias poder-se-ia chamar “regras de obrigação”, uma vez que impõem condutas ou abstenção de certos atos, independentemente da vontade do sujeito a quem se destinam. Estas regras “dizem respeito a atos que envolvem movimento físico ou mudanças físicas” (HART, 2009, p. 105). As regras secundárias “dispõem sobre operações que conduzem não apenas a movimentos ou mudanças físicas, mas também à criação ou modificação de deveres ou obrigações” (HART, 2009, p. 105-106) e são de três espécies: regras de reconhecimento, de modificação e de julgamento (“*rules of adjudication*”). As regras de reconhecimento especificam “as características que, se estiverem presentes numa determinada norma, serão consideradas como indicação conclusiva de que se trata de uma norma do grupo, a ser apoiada pela pressão social que este exerce” (HART, 2009, p. 122), ou seja, estabelecem um critério ou critérios segundo os quais uma norma primária é identificada. A regra de reconhecimento está diretamente relacionada à validade das outras regras do sistema, uma vez que ela estabelece os critérios de validade destas normas. Neste sentido, ela seria a regra última do sistema. Ao mesmo tempo, a existência de uma única regra de reconhecimento caracteriza a existência de um ordenamento jurídico, sendo ela concebida como o fundamento deste (opera em termos similares à norma fundamental kelseniana). Já as regras de modificação conferem poderes a pessoas ou órgãos para que modifiquem, retirem ou acrescentem novas regras ao sistema jurídico. Estas regras têm estreita correlação com as regras de reconhecimento, uma vez que as identificam e as validam. Em terceiro lugar têm-se as regras de julgamento, que são: “(...) normas secundárias que capacitem alguns indivíduos a solucionar de forma autorizada o problema de saber se, numa ocasião específica, foi violada uma norma primária. (...). Além de identificar os indivíduos que deverão julgar, essas normas também definem os procedimentos a serem seguidos” (HART, 2009, p. 125).

valores globais insurgentes (HABERMAS, 2008); (iv) o recurso à eficácia do sistema como estratégia para conferir legitimidade à autoridade decorrente da observância da norma fundamental<sup>340</sup> (KELSEN, 2010).

Estas múltiplas abordagens acabaram sendo construídas (e postuladas) como reações dos teóricos frente à necessidade: (i) de afirmação da sistematicidade do direito internacional frente ao ataque constante sobre sua natureza efetivamente jurídica (em face da ausência de mecanismos eficientes de coercibilidade); (ii) de transposição analógica para o direito internacional dos critérios de solução de conflitos (metanormas) produzidos no seio dos ordenamentos jurídicos nacionais (frente ao problema da decidibilidade<sup>341</sup>); e, (iii) de operar tanto com categorias (princípios de teoria geral do direito), quanto com a sistemática de operação (hierarquização normativa<sup>342</sup>) com as quais os juristas estão acostumados (KOSKENNIEMI, 1997).

A primeira questão a ser enfrentada, qual seja, o problema da *unidade e coerência* do direito internacional depende de uma definição conceitual sobre ordem jurídica. A literatura em geral postula a

---

<sup>340</sup> A norma fundamental (*Grundnorm*), segundo a construção kelseniana no âmbito do estudo da dinâmica jurídica, é a norma mais elevada, fonte comum da validade de todas as normas, portanto, *pressuposta*, visto que não poderia ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria necessariamente de se alicerçar em uma norma ainda mais elevada. Esta construção serve de base ao austríaco na sua defesa ao monismo internacionalista, segundo o qual há uma unidade entre o direito internacional e o direito estatal, com primazia do direito internacional. Dito de outro modo, as constituições estatais não são as normas pressupostas, mas normas postas que encontram validade o direito internacional positivo. (KELSEN, 1998). Complementa o autor: "As normas do direito internacional geral reclamam validade permanente sem qualquer norma que limite esta pretensão. Não existe norma positiva que restrinja a validade temporal do direito internacional geral." Qualquer limitação que se imponha às normas de direito internacional não se aplicam à "norma de direito internacional geral, que é a base de todos os tratados, nomeadamente a norma *pacta sunt servanda* (norma de que os pactos devem ser cumpridos)". (KELSEN, 2010, p. 138-139).

<sup>341</sup> Tercio Sampaio Ferraz Júnior (1994, p. 85-92), assumindo a dicotomia zetética x dogmática – aquela acentuando o aspecto *pergunta* de uma investigação, com função especulativa explícita, ao passo que a dogmática acentuando o aspecto *resposta* de uma investigação, com função diretiva explícita – aduz que o problema central da ciência dogmática do Direito contemporâneo, enquanto uma ciência prática, é a decidibilidade dos conflitos. Em outros termos, suas premissas têm de ser tomadas de modo não-problemático (dogmas) para que possa cumprir sua função tipicamente tecnológica: criar condições para a decidibilidade de conflitos juridicamente definidos, prevendo consequências pragmáticas para os casos concretos, de forma a solucionar uma problemática com a menor perturbação possível.

<sup>342</sup> A ideia de hierarquização normativa consubstancia-se na forma como os juristas constroem os processos de interpretação e de identificação das regras aplicáveis, qual seja, mediante o estabelecimento de relações de inferioridade e superioridade entre unidades e níveis do discurso normativo. (KOSKENNIEMI, 1997).

construção de sua unidade<sup>343</sup> (leia-se sistematicidade) mediante o reconhecimento de duas espécies de unidade: uma unidade formal (em face da existência de regras secundárias relativas à “criação, modificação ou extinção de obrigações internacionais” e normas gerais de responsabilização) e uma unidade substancial (em face da existência de certas regras gerais substantivas revestidas de validade universal, de observância obrigatória) (DUPUY, 1999, p. 793).

Desde o rompimento com o pensamento metafísico nos prelúdios da modernidade, a legitimidade das normas do direito internacional (o fundamento de sua obediência) repousa substancialmente na vontade dos Estados soberanos<sup>344</sup>. Neste sentido, usualmente os autores chamam à atenção para uma feição eminentemente contratual do direito internacional<sup>345</sup>. Este elemento volitivo permanece central à dogmática internacionalista, mesmo quando se enfrenta o problema da formação (e reconhecimento) dos costumes internacionais e sua exigibilidade aos Estados sem que tenham consentido para a sua consolidação<sup>346</sup>, ou ainda, quando se defronta com o caráter inderrogável das normas peremptórias (sejam elas lógica ou substancialmente construídas)<sup>347</sup>.

---

<sup>343</sup> A decomposição da ideia de unidade nestas duas dimensões (formal e substancial) decorre da transposição do conceito de ordem jurídica estatal (nacional) para a seara do direito internacional. Neste sentido, Pierre-Marie Dupuy (1999, p. 793) parte do seguinte conceito de sistema: “conjunto de normas vinculantes sobre determinada matéria que desencadeiam algumas consequências pré-estabelecidas em face do descumprimento de suas obrigações por parte dos sujeitos”.

<sup>344</sup> “The absence of any international authority superior to the state thus produces a series of legal consequences which shapes the actual physiognomy of international law. Two of these consequences are of prime importance: on the one hand, the absence of any objective determination of legality and, on the other, the haphazard nature of the consequences of breaching the law. In other words, the rule of law has in principle no binding force for individual states unless they desired it, or have at least recognized and accepted it; the result is that the existence of a rule never by itself entails its applicability in a specific case that sets two given states against each other.” (SALCEDO, 1997, p. 585).

<sup>345</sup> Mesmo quando se exige, para além do positivismo jurídico fortemente presente no direito internacional, critérios materiais de aferição de legitimação veiculados a partir do discurso renovado do cosmopolitismo mundial ou ainda de revitalização das normas de *jus cogens* (um retorno à tradição escolástica no direito internacional?). (CANÇADO TRINDADE, 2002a; FERRAJOLI, 2002)

<sup>346</sup> Cf. importante estudo sobre a identificação e formação do costume no direito internacional de André Lupi (2007).

<sup>347</sup> Cf. o estudo bastante abrangente de Alexander Orakhelashvili (2006) que enfrenta diversas nuances sobre as normas peremptórias: conceito e sua identificação; os efeitos das normas peremptórias em relação do direito internacional geral; os efeitos das normas peremptórias na atuação das organizações internacionais; a competência dos Tribunais internacionais em conferir-lhe eficácia e aplicabilidade; e, ainda, os efeitos das normas peremptórias nos sistemas jurídicos nacionais.

Disto resulta a forma como tradicionalmente é estruturada a doutrina das fontes do direito internacional, a qual reconhece os tratados, costumes e princípios gerais de direito como suas fontes formais<sup>348</sup> e, “como instâncias de determinação do direito”<sup>349</sup>, a doutrina e a jurisprudência das cortes internacionais (*ex vi* do art. 38<sup>350</sup> do Estatuto da Corte Internacional de Justiça). Usualmente, costuma-se reconhecer a inexistência de uma hierarquia formal entre as fontes de direito, apesar de ser possível identificar um relativo consenso acerca da existência de, no mínimo, uma espécie de *hierarquia informal* que dirige a aplicação das normas<sup>351</sup>, como se pôde constatar no item anterior.

Esta hierarquia informal, difundida nas práticas discursivas do direito internacional, processa-se mediante um conjunto de presunções que pretendem reforçar a noção de ordem jurídica internacional. Neste sentido, é recorrente o recurso a uma presunção em favor da legitimidade democrática das práticas internacionais (em face da presença do Estado como ator central no cenário internacional)<sup>352</sup>, ou

---

<sup>348</sup> A literatura sobre as fontes do direito internacional é vastíssima. Inúmeras questões são colocadas em xeque, p.ex., a natureza taxativa das fontes ali elencadas e a possibilidade de inclusão de outras modalidades (como os atos unilaterais dos Estados), da oscilação do grau de coercibilidade entre diferentes atos internacionais (que compõe o chamado *soft law*), o caráter realmente acessório das fontes auxiliares (ante a renovação metodológica no campo da argumentação jurídica), a questão acerca da existência de primazia e de precedência de umas normas sobre outras. Estas questões, contudo, refogem em grande medida dos propósitos deste trabalho. (LUPI, 2007; VARELLA, 2010)

<sup>349</sup> Expressão reproduzida por André Lupi (2007, p. 57) em relação à discussão de matiz anglo-americana sobre a natureza auxiliar às fontes, nos termos definidos pela doutrina e jurisprudência.

<sup>350</sup> “**Artigo 38.** 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhes forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo direito; c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas; d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.”

<sup>351</sup> Martti Koskeniemi (2006, § 327) expressa-se nos seguintes termos: “There is an important practice that gives effect to the informal sense that some norms are more important than other norms and that in cases of conflict, those important norms should be given effect to. In the absence of a general theory about where to derive this sense of importance, practice has developed a vocabulary that gives expression to something like an informal hierarchy in international law.”

<sup>352</sup> É neste sentido que Andreas Paulus (2004) formula sua crítica à proposta de Andrea Fischer-Lescano e Gunther Teubner (2004a). Nestes termos, os Estados (e os sistemas de estados) gozam, em seu favor, pelo menos de uma presunção de legitimidade democrática que acaba por conferir um pouco mais de segurança. Na réplica apresentada pelos autores (2004b),

ainda, da legitimidade substantiva dos sistemas interestatais (ancorado na difusão dos discursos de proteção dos direitos humanos). Desta forma, em que pese a multiplicidade de imagens sobre a unidade do direito internacional, percebe-se um contínuo processo de (re)construção de sua identidade, mediante esforços de sistematização dos fragmentos – “desfragmentação” (VAN AAKEN, 2009), “preenchimento de lacunas” (*bridging the gaps*) (RAO, 2004).

Como antes salientado, as diferentes posturas relacionadas à confrontação da unidade frente aos processos de expansão e fragmentação do direito internacional podem ser enfileiradas a partir da oposição entre *universalistas* e *particularistas*. Para os primeiros, a unidade do direito internacional afigura-se como máxima que orienta os diferentes procedimentos institucionalizados (ou não) de dação de sentido às obrigações internacionais; a partir de diferentes pontos de partida, é possível (e desejável) que a unidade seja produzida através de procedimentos que aumentem o grau de consistência interna do sistema; via de regra, tais perspectivas reforçam a máxima de interpretação sistemática (positivada no art. 31<sup>353</sup> da CVDT) e fornecem padrões mínimos de unificação (quer seja de caráter formal<sup>354</sup>, quer seja de caráter substantivo). Por seu turno, para os particularistas, a unidade no direito internacional só pode ser compreendida como uma *unitas multiplex*, como resultado de diferentes processos de acomodação e de compatibilização das diferenças mediante cadeias de interação dinâmica não-estruturadas hierarquicamente; via de regra, estas perspectivas

---

os autores apontam algumas incoerências em relação à esta legitimidade e defendem que ela não resiste à crítica, em especial, frente ao processo de erosão tanto da ideia de representatividade nos Estados, quanto da possibilidade de construção de uma sociedade civil global nos termos preconizados por Habermas, por exemplo.

<sup>353</sup> “Art. 31. Regra Geral de Interpretação. 1. (...) 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: (a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; (b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: (a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; (b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; (c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. 4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.”

<sup>354</sup> Aleksander Orakhelashvili (2006, p. 44-45) questiona os esforços feitos em identificar normas estruturantes do sistema internacional (como *pacta sunt servanda* ou boa fé) como integrantes do *jus cogens* por serem logicamente inerentes ao sistema e não poderem ser consideradas como integrantes de uma ordem pública internacional.

reforçam os canais de comunicação e buscam fortalecer os mecanismos de interação e de controle social.

Podem ser identificados inúmeros esforços de articulação destes fragmentos em torno da construção da unidade do direito internacional (quaisquer dos sentidos que se adote sobre “unidade”). Tais esforços foram aqui sistematizados<sup>355</sup> de acordo com o fator identificado como o vetor para a promoção deste processo de “unificação”. Nestes termos, a unidade do direito internacional pode ser construída: (i) por intermédio de práticas interpretativas (ênfase na dimensão interna do discurso jurídico); (ii) por intermédio da atuação integradora da(s) corte(s) internacional(is); e, (iii) por intermédio de processos de hierarquização normativa (reforço das relações de precedência hierárquica no direito internacional).

#### 4.1.2.1. Unidade por intermédio de práticas interpretativas.

Os trabalhos aqui reunidos têm como elemento comum uma análise do discurso do direito internacional desde um ponto de vista interno, ou seja, de que forma é possível (normativamente) lidar com os problemas e conflitos surgidos (intersecção de normas e jurisdições) de uma forma que ainda seja possível reconhecer um *sistema* jurídico internacional. Desta forma, a ênfase é atribuída às técnicas de interpretação e estratégias argumentativas utilizadas pelos atores internacionais, por intermédio dos discursos institucionalizados (sobre o direito internacional)<sup>356</sup>.

Este grupo reúne diferentes abordagens, desde aqueles que defendem que os novos desafios e problemas podem ser resolvidos, sem maiores dificuldades, com recurso às técnicas e arcabouço normativo fornecido pelo próprio direito internacional (HAFNER, 2004), desde que se leve a sério os elementos constitutivos veiculados através das

---

<sup>355</sup> Esta sistematização não resulta necessariamente de uma compartimentabilização de perspectivas. Em grande parte é possível identificar esforços de sobreposição parcial destas perspectivas.

<sup>356</sup> De acordo com Martti Koskeniemi (2006), o discurso internacional apresenta as técnicas de solução de antinomias como sendo suficientes para fornecer parâmetros para a resolução de qualquer conflito ou sobreposição normativa. Todavia, neste processo, não há nada de automático ou mecânico. Em que medida prevalecerá este ou aquela regra depende de inúmeros fatores: vontade das partes, da natureza dos instrumentos, do seu objeto e propósito e da demonstração da forma mais razoável de fazer com que a solução apresentada possa apresentar um mínimo de distúrbio à operação do sistema jurídico.

máximas do direito internacional geral<sup>357</sup> (SIMMA; PULKOWSKI, 2006); até aqueles que, céticos em relação ao elemento técnico da argumentação, reconhecem que os *topói* colocados à disposição dos intérpretes dependem de inúmeros fatores políticos e sociais que, de acordo com o contexto de aplicação da norma (ou de colocação do problema<sup>358</sup>), são codecisivos para os resultados concretos obtidos como resultado da atividade interpretativa (KOSKENNIEMI; LEINO, 2002).

Um traço característico nesta abordagem consiste no reconhecimento de que os desafios suscitados pela expansão e fragmentação do direito internacional não representam ameaças reais à sua unidade sistêmica; mas que dependem, em grande medida, da necessidade de desenvolver uma espécie de teoria dos conflitos<sup>359</sup> apta a lidar, normativamente, com as dificuldades decorrentes dos conflitos entre regimes (*clashing values*)<sup>360</sup>, não somente entre comandos normativos destoantes. Imbuídos deste propósito, confere-se, pois, especial ênfase ao “dever” dos intérpretes de adotarem posturas de

---

<sup>357</sup> “In other words, the fragmentation of the international legal order requires a simultaneous affirmation of its central systemic building blocks, including general international law.” (SIMMA; PULKOWSKI, 2006, p. 529). De acordo com os autores (2006), esta afirmação pode ser comprovada pela observância da aplicação do princípio da *lex specialis* no tocante às regras de responsabilidade internacional do Estado. Ante a existência de um conjunto de obrigações internacionais sujeitas a um regime de responsabilização próprio, são as regras especiais que devem presidir a apuração das desconformidades de atuação dos Estados, contudo, caso as mesmas mostrarem-se ineficazes (ou insuficientes), poder-se-ia invocar a aplicabilidade subsidiária das regras gerais sobre a responsabilidade internacional dos Estados, como consequência da aplicação do princípio da interpretação efetiva (*effective interpretation*) o qual requer que as obrigações primárias convencionalmente fixadas sejam consideradas como sendo exequíveis.

<sup>358</sup> De acordo com Martti Koskenniemi (2006, § 411), a própria delimitação do conflito normativo (bem como sua solução) representa, antes de tudo, um problema de interpretação. Em suas palavras: “rules appear to be compatible or in conflict as a result of interpretation. Sometimes it may be useful to stress the conflicting nature of two rules or sets of rules so as to point to the need for legislative intervention. Often, however, it seems more appropriate to play down that sense of conflict and to read the relevant materials from the perspective of their contribution to some generally shared – ‘systemic’ - objective.”

<sup>359</sup> Referência ao trabalho de sistematização sobre a natureza e forma de operação dos conflitos normativos no âmbito do sistema jurídico internacional empreendido por Anne van Aaken (2009), com especial ênfase às relações e conflitos estabelecidos em relação ao regime de direito comercial internacional (no âmbito da OMC); pela sistematização dos conflitos operados entre os Tribunais Internacionais feita por Jonathan Charney (1999) e a proposta de integração entre as técnicas de “conflito entre normas” do direito internacional privado e uma perspectiva sistêmica de interação entre regimes autônomos feita por Ralf Michaels (2005).

<sup>360</sup> Neste sentido a preocupação esboçada por Anne van Aaken (2009) em transpor, para o âmbito do direito internacional, o princípio da ponderação de bens (valores) próprio do direito constitucional, revestindo-lhe de exigências metodológicas aptas a fornecerem determinados parâmetros para o enfrentamento da colisão de valores (racionalidade intrassistêmica) associada a este tipo de conflito.

diálogo e de abertura aos discursos jurídicos produzidos em outros âmbitos decisórios e ao papel de articulação desempenhado por algumas máximas interpretativas que, auxiliando o processo de preenchimento de lacunas e de compatibilização de expectativas destoantes, pressupõem o reconhecimento do direito internacional geral como pano de fundo do sistema internacional (PAULUS, 2003).

Estas máximas são fortemente condicionadas por uma prática institucional que, por intermédio de diferentes técnicas de prevenção de conflitos (*conflict-avoidance techniques*) (PAUWELYN, 2004, p. 237), orienta-se no sentido de evitar decisões que resultem em invalidação de obrigações internacionais<sup>361</sup> (KOSKENNIEMI, 2006, § 411). Neste contexto, podem ser identificadas, pelo menos duas máximas interpretativas responsáveis pela função integradora atribuída à interpretação, ambas postuladas como desdobramento do art. 31 (3) (c) da CVDT: a aplicação de interpretação sistemática (KOSKENNIEMI, 2006) e a transposição para a arena internacional da metodologia de solução de conflitos baseada na ponderação de bens<sup>362</sup> (VAN AAKEN, 2009).

O primeiro, com maior projeção e aplicabilidade no âmbito da dogmática internacionalista, estatui que a relação entre as regras específicas e as normas gerais de direito internacional deve revelar, argumentativamente, a “aparência de compor um todo coerente e dotado de sentido” (2006, § 414). Esta exigência de razoabilidade do discurso normativo é reforçada pela autorização expressa conferida ao intérprete de recorrer a uma cadeia de tratados (*chains of treaties*) para identificar o direito aplicável à questão suscitada. Desta forma, como corolário da doutrina do “paralelismo de tratados” (*treaty parallelism*) daí decorrente, ressalta-se tanto a necessidade de que os instrumentos aplicáveis sejam lidos de forma coordenada (a partir de uma perspectiva “solidária”, *mutually supportive*), quanto a possibilidade do recurso à analogia, quando deles não se extraia sentido capaz de fornecer solução

---

<sup>361</sup> De acordo com o autor, percebe-se na prática institucional de diversos atores do sistema, uma preocupação extrema em não invalidar uma norma que tenha sido afastada como resultado de um processo de resolução concreta de um conflito. Este cuidado em só invalidar uma norma em casos extremos, materializa-se a partir de um recurso a duas técnicas distintas: um esforço de harmonizar normas que se encontrem em aparente conflito através de um esforço interpretativo que possa torná-las compatíveis (uma espécie de máxima de concordância prática, do direito constitucional); e a questão da validade é substituída por uma questão de prioridade (a norma que é colocada de lado continua vigente, dirigindo de alguma forma a interpretação e delimitando as condições de aplicação). (KOSKENNIEMI, 2006)

<sup>362</sup> Cf. o dabete sobre os metacritérios candidatos à regulação dos espaços transnacionais insurgentes na seção 5.2.3.

aceitável<sup>363</sup>. Entendido desta forma, o princípio funcionaria como uma “chave-mestra” para o direito internacional (KOSKENNIEMI, 2006) e como fator para a manutenção de “uma coesão sistêmica entre as distintas ordens, em que pese sua estrutura fragmentada” (SIMMA; PULKOWSKI, 2006, p. 485).

#### 4.1.2.2. Unidade por intermédio da atuação integradora da(s) corte(s) internacional(is)

Os trabalhos reunidos sob esta rubrica, sem negar que a atuação jurisdicional dos tribunais opera-se mediante práticas discursivas, conferem especial acento à natureza instauradora de “ordem” que a atuação institucionalizada deste(s) órgão(s) é capaz de revestir-se. A ênfase atribuída ao papel integrador dos tribunais reúne duas posturas distintas, envolvendo tanto aqueles autores que, ante o diagnóstico da fragmentação, atribuem à Corte Internacional de Justiça a tarefa de atuar como uma “corte mundial” (DUPUY, 1999, p. 807), quanto aqueles que veem na atuação difusa das diferentes instâncias decisórias a base institucional para a consolidação do pluralismo jurídico em escala global (MICHAELS, 2009).

De acordo com a primeira perspectiva, que receia pelo caráter fragmentador da expansão do direito internacional, a Corte Internacional de Justiça deveria assumir o papel de autêntica “guardiã do direito internacional geral” e responsável pela sua interpretação e supervisão de sua observância pelos demais tribunais e instâncias decisórias supranacionais (DUPUY, 1999). Caberia à Corte a tarefa de exercer uma espécie de controle da coerência e harmonia na ordem jurídica internacional<sup>364</sup>; função esta que deveria assumir, quer seja como resultado de alterações formais em seu Estatuto (reestruturação dos procedimentos e ampliação de sua jurisdição), quer seja através de autocompreensão dos próprios juízes sobre o seu papel, ressignificando sua atuação através de uma atuação mais criativa<sup>365</sup> (DUPUY, 1999). A

---

<sup>363</sup> Nas palavras do autor: “In case there is a systemic problem - an inconsistency, a conflict, an overlap between two or more norms - and no other interpretative means provides a resolution, then recourse may always be had to that article in order to proceed in a reasoned way.” (2006, § 420)

<sup>364</sup> Tradução livre de: “ICJ with some sort of monitoring authority in order to ensure the coherence and harmony of the international legal order” (HAFNER, 2004, p. 861).

<sup>365</sup> Tradução livre de trechos da seguinte passagem: “This perception of the judicial function does not mean that the Court should ignore the consensual basis of its jurisdiction. It only

alteração qualitativa de sua atuação, de acordo, com George Abi-Saab (1999), propiciaria que a mesma fosse seguida, não coercitivamente, mas voluntariamente pelos demais atores internacionais, através do reconhecimento de uma condição de *primus inter pares*, de onde adviria sua autoridade intrínseca.

Por outro lado, muitos autores veem na profusão de tribunais internacionais, um sinal de maturidade do direito internacional (RAO, 2004), e, mais ainda, reconhecem que a emergência de uma “comunidade jurídica internacional” (já apontada por ocasião do *Caso Lotus*, de 1927) só pode ser construída mediante o “diálogo interjudicial”<sup>366</sup> (BURKE-WHITE, 2004), já que a construção sistemática do direito internacional pressupõe a afirmação da sua feição pluralística e multicultural. O papel das cortes, desta feita, afigura-se relevante para reduzir o déficit de legitimidade das organizações internacionais (WELLENS, 2004) e, através de diferentes mecanismos (formais e informais) de transfertilização (*cross-fertilization*), conferir unidade efetiva ao sistema internacional (CHARNEY, 1998).

#### 4.1.2.3. Unidade por intermédio de processos de hierarquização normativa

Os discursos em torno da existência de processos de hierarquização normativa do direito internacional são apresentados como desdobramentos do aumento do grau de interdependência entre os Estados e são estruturados, na visão de Juan Antonio Salcedo (1997), a partir de três ideias centrais (*idées civilisatrices*): de “comunidade dos Estados como um todo”, de normas peremptórias e das obrigações *erga omnes*. Esta perspectiva reúne diferentes leituras que reconhecem a existência de um *pathos* em torno de movimentos de constitucionalização do direito internacional, tanto pela atribuição de um

---

signifies that the Court probably has no choice but to adopt a more creative judicial policy if it wants to remain what it is at present: the world court.

In addition, the Court should consider itself responsible for respecting the basic principles providing the grounds for public international law as a legal order. This should result in its members sharing a legal philosophy according to which there is some kind of international legal order that should be respected, under any circumstances, by each and every subject of that law.” (DUPUY, 1999, p. 807).

<sup>366</sup> “The important caveat, however, is that judges of these diverse tribunals, when they apply and interpret rights and obligations under international law, should be conscious of the overarching international judicial system that is emerging, which they should creatively and energetically promote.” (RAO, 2004, p. 961).

caráter de documento constitucional à Carta das Nações Unidas (FASSBENDER, 1998), quanto pelo reconhecimento de processos de constitucionalização do espaço normativo internacional (NOLLKAEMPER, 2009), mediante padrões de progressiva hierarquização normativa (PERNICE, 2002) impulsionados pela gramática dos direitos humanos (DELMAS-MARTY, 2003). Questões a serem discutidas mais detalhadamente na próxima seção.

#### **4.1.3. Para um eclipse do elemento volitivo no direito internacional: consolidação de relações de precedência hierárquica nos conflitos entre normas.**

Como se pôde observar, há uma prática consolidada que estabelece uma série de relações de precedência entre as normas internacionais<sup>367</sup>, tanto em relação à identificação do direito aplicável, quanto em relação à demarcação do âmbito material de determinada jurisdição (considerando a fixação funcional de competência<sup>368</sup>). Estas relações de precedência (com variado grau de vinculatividade) estruturam-se de acordo com determinados critérios de solução de antinomia pré-definidos<sup>369</sup>, os quais permitem que se fale, como dito antes, ao menos em uma hierarquia informal no direito internacional.

O direito internacional geral reconhece, em meio a sua prática discursiva, a existência de um conjunto de normas que seriam mais importantes que outras e que, em caso de conflitos, aquelas deveriam

---

<sup>367</sup> Whereas domestic law is organized in a strictly hierarchical way, with the constitution regulating the operation of the system at the highest level, there is no such formal constitution in international law and, consequently, no general order of precedence between international legal rules. (KOSKENNIEMI, 2006, § 324).

<sup>368</sup> Paul Schiff Berman (2002), em seu estudo sobre os processos de globalização da jurisdição, ante a constatação da erosão da capacidade organizatória do princípio da territorialidade, defende a necessidade que uma “teoria da jurisdição” coloque em xeque o papel exercido pelas fronteiras do Estado-nação (e determinadas espacialidades territoriais) para a contenção do âmbito de regulação estatal e da alocação eficiente da autoridade governamental. Nestes termos, o autor propõe uma abordagem “cosmopolita” para o problema da jurisdição, por meio do qual a jurisdição pluralista teria dois componentes distintos e inter-relacionados. Para além das cortes “tradicionais” centradas na figura do Estado, seriam articuladas jurisdições não-estatais que vinculariam (atuariam em correspondência a) comunidades organizadas em nível sub, supra ou transnacional.

<sup>369</sup> Alexander Orakhelashvili (2006, p. 7) chama à atenção para uma especial forma de hierarquia normativa, observável em relação às organizações internacionais, estabelecida entre os seus instrumentos constitutivos e os atos promulgados por tais organizações (direito secundário).

prevalecer (por força do critério da *lex superior*). De acordo com Martti Koskenniemi (2006, § 327), a ideia de precedência vem sendo desenvolvida por intermédio de uma prática que gravita em torno de três expressões distintas que pretendem evocar esta relação de superioridade: (i) precedência decorrente do art. 103 da Carta das Nações Unidas; (ii) aplicabilidade de normas peremptórias (*jus cogens*); e (iii) obrigações de caráter *erga omnes*.

#### 4.1.3.1. Obrigações decorrentes do art. 103 da Carta das Nações Unidas

As obrigações prevalecentes decorrem da previsão expressa do art. 103 da Carta das Nações Unidas que estatui:

Artigo 103 - No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, **em virtude da presente Carta** e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta. (destaque acrescido)

Estas normas englobam não somente as obrigações definidas diretamente pelo texto da Carta, mas igualmente sobre as resoluções promulgadas, nos limites por ela fixados<sup>370</sup>, em caráter vinculante<sup>371</sup>, pelos demais Órgãos Deliberativos da ONU. Entre as decisões vinculantes dos órgãos da ONU, a questão mais proeminente e que encerra um acirrado debate (sobre a existência dos limites deliberativos e sobre a legitimidade de suas decisões) consiste na atribuição do Conselho de Segurança de, *ex vi* do art. 25 da Carta, deliberar sobre a aplicação de medidas relacionadas a “ameaças à paz, ruptura da paz e atos de agressão” (cap. VII da Carta das Nações Unidas).

Em que pese o posicionamento do Conselho de Segurança de que suas Resoluções prevalecem não somente sobre as obrigações internacionais, “mas também sobre contratos de direito privado, licenças, permissões e congêneres” (KOSEKENNIEMI, 2006, § 332), duas observações devem ser feitas: (i) as obrigações decorrentes das

---

<sup>370</sup> “Since obligations for Member States of the United Nations can only derive out of such resolutions that are taken within the limits of its powers, decisions ultra vires do not give rise to any obligations to begin with. Hence no conflict exists.” (KOSKENIEMMI, 2006, § 331).

<sup>371</sup> The issue is similar with regard to non-binding resolutions adopted by United Nations organs, including the Security Council. These are not covered by Article 103. (KOSKENIEMMI, 2006, § 331)

Resoluções são dirigidas aos Estados os quais, por força da Resolução, não podem reconhecer válidos os efeitos decorrentes destes contratos; e (ii) trata-se de uma relação de precedência (e não relação de invalidação) fixada entre as obrigações assumidas em virtude da Carta e as demais disposições convencionais e/ou de direito interno.

A relação de precedência traduz-se em duas regras de interpretação: que as obrigações decorrentes do art. 103 estabelecem uma *relação de prioridade* (não de invalidade<sup>372</sup>), dependendo, portanto, de cooperação ativa dos demais Estados em relação à sua implementação; e que as disposições da Carta (e resoluções) devem ser interpretadas de *maneira efetiva*, apesar de não implicar em ab-rogação da relativa autonomia normativa dos demais regimes internacionais<sup>373</sup>. Tais regras vêm sendo reiteradamente reafirmadas, tanto pelo próprio Conselho de Segurança<sup>374</sup>, quanto pela Corte Internacional de Justiça<sup>375</sup>.

---

<sup>372</sup> “Yet the word “prevail” does not grammatically imply that the lower-ranking provision would become automatically null and void, or even suspended. The State is merely prohibited from fulfilling an obligation arising under that other norm (§ 333).” Esta posição é duramente criticada por autores que vêem a Carta das Nações Unidas como uma Constituição (Bernhardt), ou ainda, que como uma norma de *jus cogens* (FASSEBENDER, 1998).

<sup>373</sup> Martti Koskenniemi relata o Caso Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda (decidido pela Corte Suprema Inglesa), julgado em 2005, em que um cidadão iraquiano/britânico, detido no Iraque, por mais de 10 meses, sem acusação formal, invocou a existência de violação à Carta de Direitos Humanos inglesa (Human Rights Act de 1988). O princípio da interpretação efetiva foi invocado para fazer prevalecer a Resolução do Conselho de Segurança da ONU, relacionada às medidas de segurança aplicáveis ao Iraque, em detrimento da disposição de direito interno inglês. Esta manobra interpretativa não foi possível sem que antes aquela Corte atribuísse à própria Resolução do Conselho de Segurança a natureza de norma de direitos humanos. (KOSKENNIEMI, 2006, §§35-339).

<sup>374</sup> A precedência das obrigações decorrentes do art. 103 da Carta das Nações Unidas sobre as demais obrigações dos Estados foi expressamente reconhecida pelo próprio Conselho de Segurança, *ex vi*, da Resolução n. 1267 (1999) que, mesmo deixando de mencionar expressamente o art. 103 como as anteriores, procurou definir com a maior clareza possível as obrigações decorrentes de sua edição. O seu texto fixa: “[The SC] Calls upon all States and all international and regional organizations to act strictly in conformity with this resolution, notwithstanding the existence of any rights granted or obligations conferred or imposed by any international agreement or of any contract entered into or any licence or permit granted prior to the entry into force of the measures imposed [by the Council]”.

<sup>375</sup> A Corte Internacional de Justiça vem igualmente reconhecendo estes postulados, nos Casos Nicarágua (1984) e, sobretudo, Lockerbie (1992), pugnou pela aplicabilidade da obrigação decorrente da Resolução sem, com isso, reconhecer diretamente a invalidade das obrigações convencionais conflitantes. (KOSKENNIEMI, 2006, § 358).

#### 4.1.3.2. Aplicabilidade de normas peremptórias (jus cogens)

Diferentemente das obrigações decorrentes do art. 103, reconhece-se às normas peremptórias mais do que uma simples relação de precedência, mas uma posição hierárquica privilegiada (noção de *hierarquia strictu sensu*), a ponto de se afirmar que as demais obrigações internacionais e mesmo as disposições de direito interno de cada Estado<sup>376</sup>, quando com elas incompatíveis, importariam no reconhecimento necessário na sua invalidação. Desta forma, as obrigações que lhe fossem contrárias afiguram-se totalmente nulas, incapazes de gerar quaisquer consequências jurídicas (KOSEKENNIEMI, 2006, § 365).

A definição, natureza e efeitos das normas peremptórias foram sumarizados de maneira pontual pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, que assim se manifestou:

Por causa da importância dos valores que ela [a proibição da tortura] protege, este princípio transmutou-se em uma norma peremptória ou de *jus cogens*, ou seja, uma norma que goza de uma posição na hierarquia internacional superior ao direito convencional e mesmo às regras costumeiras “ordinárias”. A mais notável consequência desta posição superior consiste no fato de que o princípio, naquela matéria, não pode ser derogado pelos Estados através dos tratados internacionais, tampouco pelos costumes locais e especiais, nem sequer pelas regras costumeiras gerais não revestidas com a mesma força normativa<sup>377</sup>.

De acordo com Aleksander Orakhelashvili (2006, p. 37-8), a existência de um conjunto de normas inderrogáveis integrava o *mainstream* do direito internacional desde suas origens (tradição

<sup>376</sup> Uma análise detalhada das diferentes formas de aplicação do efeito direto das normas de *jus cogens* no ordenamento interno dos Estados desenvolvida por Aleksander Orakhelashvili (2006, cap. 18).

<sup>377</sup> Tradução livre de: “Because of the importance of the values it [the prohibition of torture] protects, this principle has evolved into a peremptory norm or *jus cogens*, that is, a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty law and even “ordinary” customary rules. The most conspicuous consequence of this higher rank is that the principle at issue cannot be derogated from by States through international treaties or local or special customs or even general customary rules not endowed with the same normative force.” (Caso *Prosecutor v. Anto Furundžija* (1998) *apud* KOSEKENNIEMI, 2006, § 361, p. 182).

jusnaturalista), e que a sua concepção só veio a ser questionada a partir do fortalecimento de perspectivas teóricas influenciadas pelo positivismo voluntarista. É possível identificar três diferentes perspectivas teóricas as quais, em razão do esforço de levantamento de suas origens, confluem para a insurgência contemporânea das normas de *jus cogens*<sup>378</sup>: (i) distinção romana entre *jus strictum* e *jus dispositivum privatorum pactos mutari non potest*; (ii) as diferentes tradições jusnaturalistas (dos séculos XVII e XVIII) que afirmam a existência de “normas imemoráveis” que se encontram “acima da vontade dos Estados”; e, (iii) transposição da tradição do direito interno (nulidade dos acordos privados que violem cláusulas de “ordem pública”) para o âmbito internacional, através da discussão sobre a existência de uma “ordem pública internacional” (KOSKENNIEMI, 2006, § 361).

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados previu expressamente em seu texto as normas de *jus cogens* tanto como uma das causas de nulidade, quanto como razão para suspensão posterior dos tratados com elas incompatíveis, fazendo-o nos seguintes termos:

**Artigo 53.** Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)

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.

**Artigo 64.** Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)

Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado

---

<sup>378</sup> Alexander Orakhelashvili (2006, p. 38) adverte que: “although is correct that *jus cogens* requires the re-examination of the traditional positivist consensual approach, at least to the extent of the ambit within *jus cogens* operates, this exercise does not necessarily entail the reversion to the classical natural law approaches, but rather requires consideration of the character and effects of public order norms.”

existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

Em que pese sua previsão expressa, inúmeras são as dificuldades teóricas<sup>379</sup> e práticas concernentes à delimitação do seu alcance e à exata identificação de suas consequências jurídicas concretas. De acordo com Andreas Paulus (2005, p. 138), estas dificuldades concorreriam para uma reduzida aplicabilidade prática deste conceito<sup>380</sup>.

Inúmeros esforços têm sido feitos no sentido de sistematizar (e mesmo definir) o alcance das normas de *jus cogens*, todavia, ante as dificuldades daí decorrentes, a Comissão de Direito Internacional<sup>381</sup>, por ocasião da última revisão da Proposta de Artigos sobre a CVDT decidiu eliminar uma lista de exemplos concretos que permitiriam, ao menos, a sua identificação atual. Este inventário, porém, é possível a partir de um esforço de identificação e sistematização de pronunciamentos feitos por vários órgãos judiciais (nacionais<sup>382</sup> e supranacionais<sup>383/384</sup>) e

---

<sup>379</sup> Alexander Orakhelashvili (2006, p. 32-36) sistematiza um conjunto de objeções doutrinárias em relação à própria noção de *jus cogens* e à sua aplicabilidade. De acordo com o autor, em relação à *noção de norma peremptória*, podem ser identificadas as seguintes posturas: (i) não existem evidências no costume internacional que permitam a afirmação de que a desconformidade com as normas peremptórias resulte na nulidade dos atos contrários (Guggenheim, 1949); (ii) a invocação das normas de *jus cogens* para deixar de cumprir obrigações assumidas pode atentar contra os princípios basilares do direito internacional (consenso e *pacta sunt servanda*) (Schwarzenberger, 1965; Simma, 1994); (iii) a relativização da vinculatividade das normas internacionais (*jus cogens*, *hard law* e *soft law*) representa uma patologia do sistema normativo internacional (Weil, 1983); (iv) a natureza descentralizada do direito internacional não autoriza o efeito nulificador das obrigações contraídas associado às normas peremptórias (Judge Winiarski, 1954). Por sua vez, em relação à *relevância ou sua aplicabilidade*, o autor lista: (i) as normas de *jus cogens* afiguram-se mais como instrumento de dissuasão do que normas de caráter dispositivo, com operatividade (Simma, 1994; Czaplinski; Danilenko, 1990); (ii) caráter meramente simbólico das normas de *jus cogens* (Charlesworth; Chinkin, 1993).

<sup>380</sup> Esta afirmação é ilustrada pelo comentário que o autor faz ao Caso Al-Adsani, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, segundo o qual: “while the *jus cogens* character of the prohibition against torture is, in principle, uncontroversial, it is not at all clear under which conditions a state is barred from pleading immunity; and under which conditions domestic courts must consequently entertain civil claims by torture victims to meet states’ obligations under Article 6 of the European Convention.” (PAULUS, 2005, p. 330).

<sup>381</sup> Recentemente, a Comissão de Direito Internacional, mediante os Comentários aos Artigos sobre Responsabilidade do Estado, ofereceu uma lista de exemplos que envolveria as seguintes situações: (i) proibição de agressão; (ii) escravidão e mercado de escravos; (iii) genocídio; (iv) discriminação racial e apartheid; (v) tortura (nos termos definidos pela Convenção contra a Tortura, 1984); (vi) regras básicas de direito humanitário aplicável em conflitos armados; (vii) direito a autodeterminação.

<sup>382</sup> Emblemática é a citação do Caso Pinochet (British House of Lords, 1999) em que restou assentada que a natureza de *jus cogens* do crime internacional de tortura justifica a invocação da jurisdição universal a ser processada independentemente de onde tenha sido cometido o

diplomáticos que fornecem subsídios para a consolidação do seu alcance.

Ante a ambivalência de seu uso, Aleksander Orakhelashvili (2006, p. 50-66) propõe a identificação de seis normas (e grupos de normas) que podem ser considerados como normas de *jus cogens*: (α) proibição do uso da força (CIJ no *Caso Nicarágua*, 1986) e o direito de autodefesa conferido aos Estados (CIJ, *Opinião Consultiva sobre Armas Nucleares*, 1996)<sup>385</sup>; (β) autodeterminação dos povos (CIJ, *Caso Barcelona Traction*, 1970) e seus incidentes<sup>386</sup>; (γ) normas de direitos

crime, autorizando o afastamento da imunidade de jurisdição do chefe do Estado. (KOSKENNIEMI, 2006, § 370).

<sup>383</sup> A Corte Internacional de Justiça não incorporou à sua linguagem o recurso à expressão *jus cogens*, salvo através de votos concorrentes (ou divergentes) de seus juízes. Da sua prática jurisprudencial, não é possível inferir, com clareza, o seu status e a sua operatividade. Todavia, a veiculação da ideia de *jus cogens* é feita de maneira não articulada: (i) no *Caso Nicaragua* (1986), há referência indireta ao *jus cogens*, por intermédio de uma citação da Comissão de Direito Internacional; (ii) no *Caso Canal de Corfu* (1949), a Corte refere-se a “considerações elementares de humanidade”; (iii) na *Opinião Consultiva - Convenção sobre Genocídio* (1951), a Corte fala de “princípios reconhecíveis pelas nações civilizadas como vinculantes sobre os Estados, mesmo ante a inexistência de qualquer obrigação convencional”; (iv) na *Opinião Consultiva sobre Armas nucleares* (1996), a Corte refere-se a “princípios invioláveis do direito costumeiro internacional”; e, ainda, (iv) no caso *Barcelona Traction* (1970), a Corte reconhece a existência de “normas fundamentais” que não são suscetíveis de serem reduzidas às relações inter-estatais bilaterais, foi justamente neste caso que a a Corte definiu os contornos daquilo que se convencionou chamar de obrigações *erga omnes*, como se verá a seguir. (KOSKENNIEMI, 2006, § 378-379 e 387).

<sup>384</sup> Em breve incursão histórica, é possível identificar um conjunto de medidas – chamado desde a década de 90 de transição (*transitional justice*) – adotadas por diversos Estados e organizações internacionais, nos períodos pós-conflituais e de transição democrática do séc. XX, para lidarem com o legado de atrocidades aos direitos humanos ocorridos nestes períodos de conflito-armado e antidemocráticos (acerto de contas com o passado). Em especial, a criação de tribunais *ad hoc* para punir os responsáveis por tais violações (Tribunais de Nuremberg, Tóquio, ex-Iugoslávia, Ruanda e Serra Leoa), que precederam e informaram a criação do Tribunal Penal Internacional permanente, e outras medidas de caráter igualmente retributivo, como a exigência de punição destes agressores e a reparação civil das vítimas e/ou familiares (BASTOS JR.; CAMPOS, 2009b). A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, firmou sua jurisprudência no sentido de que a prática de torturas, assassinatos, desaparecimentos sumários, entre outros atos desumanos, cometidos num contexto de ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil – a exemplo dos abusos perpetrados por agentes estatais contra dissidentes políticos em períodos ditatoriais – constituem crimes de lesa-humanidade e, portanto, são imprescritíveis e insuscetíveis de anistia, sendo cogente a punição de seus agentes, por ser tal exigência uma norma de *jus cogens* (Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, de 2006) (BASTOS JR.; CAMPOS, 2009a).

<sup>385</sup> De acordo com o autor, “It seems that jus ad bellum as a whole is peremptory. Jus ad bellum concerns the right of States to use force and defines the circumstances of such use.” (ORAKHELASHVILI, 2006, p. 51).

<sup>386</sup> O autor relata a existência de algumas controvérsias em relação a alguns supostos desdobramentos do princípio da auto-determinação dos povos, e.g., a soberania dos Estados sobre seus recursos naturais. Segundo Orakhelashvili, há quem defenda que as disposições da

humanos fundamentais<sup>387</sup>; (δ) normas de direito humanitário; e (ε) direito ao desenvolvimento e ao meio ambiente.

As questões relacionadas à (re)afirmação das normas de *jus cogens* têm uma importância vital para a compreensão de inúmeros dos argumentos a serem adiante enfrentados, neste trabalho. O debate cada vez mais forte sobre o deslocamento da gramática constitucional para o direito internacional (seção 5.2) e a obliteração das fronteiras que separam o direito interno do direito internacional (seção 5.1) é impulsionado em grande medida pela ideia-força que os direitos humanos (e, mais genericamente, nas normas de *jus cogens*) passam a assumir nos mais variados fóruns de discussão nos espaços de regulação transnacional.

#### 4.1.3.3. Obrigações de caráter *erga omnes*

Estas obrigações não indicam claramente uma relação de hierarquia, mas evocam uma clara superioridade em relação às demais obrigações. Esta noção de superioridade decorre do reconhecimento de uma espécie de cláusula de reforço de determinadas obrigações internacionais que autorizariam que qualquer Estado adotasse medidas

---

Resolução 1803 da Assembleia Geral da ONU sobre a Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais compõem o catálogo das normas peremptórias (Brownlie), e que os Estados, no exercício desta soberania, poderiam celebrar contratos que derroguem o princípio da auto-determinação, não sendo este princípio, portanto, peremptório (Stucki e Schrijver). O Tribunal Arbitral, no caso *Aminoil* (66 ILR 587-588), “expressed a similar view, but only to assert that permanent sovereignty over natural resources does not prohibit the State’s subscribing to the stabilisation clauses that are often included in State contracts” E, no caso *Texaco* (par. 78, 53 ILR 482), o mesmo Tribunal “does not deny the *jus cogens* character of permanent sovereignty and adopts a subtler solution that in entering into a concession contract a State does not necessarily contradict that sovereignty. *Jus cogens* would extend to the agreements concluded between States and foreign private companies if these agreements ‘in fact alienate the sovereignty of the State over [its natural] resources’. Some State contracts are not alienations, but just the exercise of sovereignty over natural resources” (ORAKHELASHVILI, 2006, p. 52).

<sup>387</sup> O caráter peremptório dos direitos humanos foi reconhecido judicialmente. A Comissão Interamericana assentou, no caso *Victims of the Tugboat*, que o direito à vida faz parte do *jus cogens*. Já para o TPI para ex-Iugoslávia (ICTY), conforme julgamento dos casos *Furundzija* (10/12/1998), *Delalic* (16/11/1998) e *Kunarac* (22/02/2001), “the prohibition of torture has acquired ‘a particularly high status in the international normative system, a status similar to the principles such as those prohibiting genocide, slavery, racial discrimination, aggression, the acquisition of territory by force and the forcible suppression of the right of peoples to self-determination’. Consequently, the prohibition of torture is a peremptory norm, similar to ‘the other general principles protecting fundamental human rights’.” (ORAKHELASHVILI, 2006, p. 54).

concretas e instaurasse procedimentos para coibir/apurar responsabilidade por sua infringência. Desta forma, afigurar-se-ia absolutamente despidiend a demonstração da condição, imposta pelo direito internacional geral, de demonstração de interesse legítimo violado (ou ameaçado), para legitimar o Estado a valer-se dos mecanismos/institutos apropriados. Martti Koskenniemi (2006, § 380) define a natureza destas obrigações nos seguintes termos:

(...) obrigações *erga omnes* designam o escopo de aplicação do direito relevante e as consequências procedimentais delas decorrentes. Uma norma que institui obrigações *erga omnes* é devida à “comunidade internacional como um todo” e todos os Estados – independentemente de seu interesse particular em relação à matéria – são legitimados a invocar a responsabilidade do Estado em caso de seu descumprimento<sup>388</sup>.

Apesar da falta de clareza sobre o entendimento específico da natureza das obrigações *erga omnes*, as mesmas têm sido largamente utilizadas na prática internacional dos Estados. É bom frisar que as obrigações *erga omnes* não se distinguem pelo seu conteúdo substancial, mas por determinadas características procedimentais a elas associadas (regras secundárias), em especial, “a característica de que sua violação pode ser invocada por qualquer Estado e não por aqueles que se apresentam como individualmente beneficiários”<sup>389</sup> (KOSKENNIEMI, 2006, § 389).

A literatura especializada costuma distinguir as obrigações de natureza *erga omnes*, a partir da diferenciação feita pelo art. 48<sup>390</sup> dos Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos em obrigações *erga omnes parte* [art. 48 (1) (a)<sup>391</sup>] e obrigações *erga omnes* [(art. 48 (1) (b)<sup>392</sup>], apesar da relevância

<sup>388</sup> Tradução livre de: “(...) obligations *erga omnes* designate the scope of application of the relevant law, and the procedural consequences that follow from this. A norm which is creative of obligations *erga omnes* is owed to the “international community as a whole” and all States - irrespective of their particular interest in the matter - are entitled to invoke State responsibility in case of breach.”

<sup>389</sup> Tradução livre de: “the feature that a breach of them can be invoked by any State and not just by individual beneficiaries.”

<sup>390</sup> Article 48. Invocation of responsibility by a State other than an injured State

1. Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if:

<sup>391</sup> (a) The obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group; or

<sup>392</sup> (b) The obligation breached is owed to the international community as a whole.

concreta da distinção no tocante à análise dos procedimentos de responsabilização internacional e de aplicação de medidas de direito internacional, a mesma afigura-se indiferente para os propósitos deste trabalho.

#### 4.2. ESPAÇOS DE REGULAÇÃO TRANSNACIONAL PRIVADOS NÃO-ESTATAIS (DIREITO MUNDIAL SEM ESTADO)

O debate até aqui empreendido circunscreveu-se ao âmbito do direito internacional, ou seja, enfrentou inúmeros desafios associados à multiplicação dos espaços de regulação internacional (regimes especiais). A partir desta perspectiva, o sistema de Estados constituiu a base a partir do qual foram analisados os cenários de fragmentação e de multiplicação de espaços de regulação. Em que pese o registro da ampliação exponencial da participação de outros atores não-estatais e da multiplicação de procedimentos, instrumentos e mecanismos de atualização do direito internacional, ainda assim, todas as análises ainda tinham o Estado como ponto de referência.

Ao trazer à discussão a insurgência de espaços de regulação transnacional privados, que se afirmam independentemente da atuação do Estado, opera-se uma autêntica inversão do ponto de partida. A perspectiva adotada pelos autores vinculados à teoria dos sistemas, é que o processo de diferenciação social exige não somente que o direito internacional e o direito estatal adaptem-se às novas necessidades de estabilização de expectativas de diferentes segmentos sociais, tendo em vista as relações múltiplas que transcendem o espaço geográfico do estado territorial. O processo de diferenciação funcional da sociedade contemporânea, de acordo com esta perspectiva, propiciou o deslocamento do critério de territorialidade para o de especialidade funcional<sup>393</sup> e a insurgência de espaços de regulação autônoma, produzidos pelos diferentes sistemas sociais.

---

<sup>393</sup> Esta mudança de parâmetro organizativo decorre, de acordo com Andreas Fischer-Lescano e Gunther Teubner (2004a, p. 1008-1009), de uma “diferenciação interna co-evolucionária” (*co-evolutionary internal differentiation*). A fragmentação social afeta tão significativamente o direito que a regulação das esferas sociais diferenciadas demanda pela separação (*parceling out*) de determinadas áreas temáticas a fim de que, elas próprias, nestas novas arenas políticas, “juridifique-os” diretamente. Em suas palavras: “The traditional differentiation in line with the political principle of territoriality into relatively autonomous national legal orders is thus overlain by a sectoral differentiation principle: the differentiation of global law into transnational legal regimes, which define the external reach of their jurisdiction along issue-

No que toca especificamente ao debate sobre os regimes especiais, Andreas-Fischer Lescano e Gunther Teubner (2004a) defendem que a insurgência de regimes autônomos reflete um processo bem mais profundo de transformação do direito<sup>394</sup> e que a forma como a questão vem sendo enfrentada entre os internacionalistas reflete um duplo reducionismo: (i) o reducionismo *jurídico* que se opera pela simplificação da forma como os conflitos são compreendidos e, por conseguinte, pela redução das possibilidades de enfrentamento do problema dos conflitos<sup>395</sup>; e, (ii) o *reducionismo político* o qual resulta de uma espécie de politização do debate sobre a colisão entre normas jurídicas, não obstante a importante função de crítica desempenhada (desveladora das motivações políticas dos discursos jurídicos<sup>396</sup>), deixam de trazer à baila outras dimensões imbricadas<sup>397</sup>.

Nesta sessão, com a pretensão de explicitar o debate até aqui empreendido, enfrentar-se-á a questão da insurgência destes espaços de regulação transnacional privados marginais à atuação estatal. Assim, primeiramente, indentificar-se-á a emergência de um direito global defluente do progressivo desenvolvimento dos distintos sistemas sociais, desterritorializados das fronteiras do Estado, cuja adequada compreensão, nos termos aqui defendidos, somente é possível a partir da admissão do pluralismo jurídico.

---

specific rather than territorial lines, and which claim a global validity for themselves.” (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004a, p. 1009).

<sup>394</sup> De acordo com os autores: “Both legal and political approaches offer only a one dimensional explanation for collisions and, as a consequence, seek similarly one-dimensional solutions either at the legal or the political meta-level. Global legal pluralism, however, is not simply a result of political pluralism, but is instead the expression of deep contradictions between colliding sectors of a global society. At core, the fragmentation of global law is not simply about legal norm collisions or policyconflicts, but rather has its origin in contradictions between society-wide institutionalized rationalities, which law cannot solve, but which demand a new legal approach to colliding norms.” (LESCANO; TEUBNER, 2004a, p. 1004).

<sup>395</sup> Nas palavras dos autores: “they identify a danger to the unity of international law because the conceptual-doctrinal consistency, the clear hierarchy of norms and the effective judicial hierarchy that was developed

within the nation-states, is lacking. Accordingly, they direct themselves to a hierarchical solution to the problem, which, whilst not wholly reproducing the ideal of legal hierarchies of the nation-state, at least comes somewhere close to it. One far-reaching suggestion argues that as soon as a new tribunal is established, the ICJ should be given jurisdiction as an appeals instance.” (LESCANO; TEUBNER, 2004a, p. 1002).

<sup>396</sup> Esta perspectiva procura privilegiar os “mecanismos de poder, negociações entre atores coletivos relevantes, debate público e decisões coletivas”.

<sup>397</sup> Os autores apontam o trabalho de Koskenniemi e Leno (2002) como os representantes desta perspectiva teórica. O trabalho de desconstrução do discurso jurídico e de desvelamento das práticas políticas representa um dos traços característicos do movimento chamado *critical international law*, que tem em autores como David Kennedy e Martti Koskenniemi seus mais expressivos nomes. (CARTY, 1991).

Em seguida, após uma breve incursão analítica sobre a natureza e a estrutura dos regimes transnacionais privados, serão estabelecidos parâmetros para lidar com os conflitos inevitavelmente exurgidos da intrincada relação entre os diversos regimes.

#### **4.2.1. Parâmetros para a compreensão de um direito global: pluralismo jurídico como chave operacional para compreender os regimes transnacionais.**

A base conceitual que informa a teoria dos sistemas, assentada sobre ideia de fechamento operativo dos sistemas sociais, exige que seja enfrentado o seu paradoxo constitutivo<sup>398</sup>, qual seja, que o seu fechamento se constrói a partir dos mecanismos de abertura. Nestes termos, a autonomia sistêmica só pode ser concebível se se levar em conta que este mesmo sistema reage às provocações do ambiente e se desenvolve na medida em que interage com o seu entorno.

Colocada a questão desta forma, as ideias de acoplamento estrutural e abertura cognitiva são essenciais para que sejam mapeados os mecanismos de interação que se processam nas múltiplas relações estabelecidas (intra e entre-sistemas). Fala-se em abertura cognitiva porque a reação à provocação externa (irritações/perturbações) faz com que o sistema, interpelado pelo ruído externo, “traduza” este “novo problema” a partir de sua racionalidade própria. Assim, o seu repertório interno é “acrescido” de um novo elemento. Este “processo de aprendizado”, porém, não se materializa através de simples operações de acréscimo de novos elementos, do contrário, cada reação do sistema a um determinado ruído (perturbação) provoca inúmeros processos internos de desconstrução e de ressignificação. O sistema, mediante sua prática discursiva interna (mediante sua racionalidade própria), adapta-se a essas contingências e se autorreproduz, reforçando sua própria autonomia operativa.

Por sua vez, o “acoplamento estrutural”, de maneira simplificada, representaria o ponto de intersecção entre o sistema e seu entorno. Para descrever as interações entre os sistemas e sua operatividade, faz-se importante identificar as zonas de contato entre os sistemas e os mecanismos que cada sistema desenvolve para “traduzir” a perturbação (irritação) produzida em seu entorno, a fim de que esta contingência (*in-*

---

<sup>398</sup> O uso criativo dos paradoxos é a mensagem que move a *autopoiesis* para além das análises desconstrutivistas em direção a práticas de reconstrução. (TEUBNER, 1998b, p. 120).

*put*) produza discursivamente respostas aos problemas apresentados (*out-put*). É nisto que consiste o processo de “aprendizado” e de “aquisição evolutiva” dos sistemas, processos estes que se desenvolvem mediante múltiplas interações e conflitos.

Cada um dos diferentes sistemas sociais (*e.g.*, economia, política, ciência e tecnologia, setor de saúde, mídia, direito e a moralidade) vem desenvolvendo sua própria racionalidade autorreferenciada. “De um lado, elas são todas racionalidades claramente particularizadas. De outro lado, elas são efetivamente institucionalizadas na sociedade como um todo e demandam por aceitação universal.”<sup>399</sup> (TEUBNER, 1997a, p. 150)

Portanto, quanto mais cada sistema reforça sua especialização e sua autonomia perante os elementos de seu entorno, tanto maior é sua pretensão de espriar-se para além dos seus limites operativos. Ademais, em face dos múltiplos processos de globalização policêntrica, estes regimes transbordam os confins territoriais do Estado-nação passando a constituir-se globalmente. (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004a, p. 1006).

O direito mundial<sup>400</sup> (global) daí insurgente, diferencia-se do direito tradicional (estatal), em relação a algumas de suas características essenciais: (i) a sua diferenciação interna não ocorre em termos geográfico-espaciais (*e.g.*, da diferenciação em elementos federativos dos estados nacionais), mas a partir de conflitos intersistêmicos; (ii) nele opera-se a perda da centralidade do papel dos órgãos legislativos como agências produtoras de normas, deslocando-o para processos auto-organizados; (iii) mantém um elevado grau de dependência difusa em relação à respectiva área social especializada; e (iv) não permite a transplantação, para o sistema global, da ideia de unidade do direito (em termos de consistência). (TEUBNER, 2003, p. 14-15)

Os regimes veiculados pelos sistemas sociais diferenciados representam mais do que simples “sistemas de crença”, pois se erigem sobre algumas características que espelham não somente seu processo de diferenciação funcional, mas igualmente sua natureza autônoma

---

<sup>399</sup> Tradução livre de: “On the one hand, they are all clearly particularistic rationalities. On the other hand, they are all institutionalised, in effect, society-wide and they all demand universal acceptance.”

<sup>400</sup> “O direito global só pode ser interpretado adequadamente por meio de uma teoria do pluralismo jurídico e de uma teoria das fontes do direito, correspondentemente concebida em termos pluralistas.” (TEUBNER, 2003, p. 11) O pluralismo jurídico deveria ajustar seu foco: “de um direito dos grupos para o direito dos discursos” (TEUBNER, 2003, p. 12). Teoria das fontes do direito: “focar atenção em processos ‘espontâneos’ de formação do direito” (TEUBNER, 2003, p. 12).

(autorreferente). Gunther Teubner (1997a, p. 150-153) sistematiza estas características buscando relacionar o seu impacto no sistema jurídico, nos seguintes termos: (i) os sistemas são constituídos a partir de práticas sociais, com certo grau de enraizamento; (ii) as suas práticas são controladas e dirigidas a partir da elaboração de determinadas abstrações sociais em forma de autoconceitos e teorias reflexivas (racionalidades<sup>401</sup>); (iii) cada uma dessas teorias perpassa suas fronteiras sistêmicas e, em maior ou menor medida, postula a sua incorporação pelo direito (generalização de suas expectativas normativas); (iv) os métodos de decisão e de uso da doutrina jurídica incorporam em seu discurso estas teorias, de forma que as diferentes estratégias discursivas acabam por incorporar práticas de outros subsistemas e produzem normas “socialmente adequadas” (p.ex, através de argumentos consequencialistas) (TEUBNER, 1997a, p. 167-172); e (v) desenvolvimento de um conjunto de instituições e mecanismos de produção de normas sociais “produzidas de fora do direito” (*from outside de law*), os quais competem com a legislação estatal e com as obrigações convencionais (direito contratual).

Em razão destas múltiplas interações, ao sofrer o influxo das racionalidades oriundas de outros sistemas sociais, o direito internaliza os conflitos entre racionalidades sistêmicas díspares e erige-se como palco de uma pluralidade de discursos<sup>402</sup> em rota de colisão, daí atribuir-lhe o caráter de “policontexturalidade”<sup>403</sup>.

O choque entre discursos deve ser compreendido como uma espécie de “choque entre culturas”, já que não há nenhuma metanorma

---

<sup>401</sup> Exemplificativamente, passa-se a listar um conjunto de sistemas sociais associados à sua racionalidade própria: (i) o sistema *econômico* é dirigido pela máxima de cálculo de custos-benefícios nas transações comerciais; (ii) a *política* é dirigida pela exigência de legitimidade democrática; (iii) *ciência e tecnologia* constroem-se a partir da busca pela verdade intersubjetiva no processo de ensino e de pesquisa.

<sup>402</sup> De acordo com o autor, a pluralização dos discursos ao qual o direito está sujeito atualmente é uma experiência moderna típica, que adquire uma nova roupagem estilizada pela atitude pós-modernista. A noção de pluralidade de discursos contemporânea remonta à análise fundamental empreendida por Max Weber sobre o novo politeísmo das sociedades modernas. (TEUBNER, 1997a, p. 153).

<sup>403</sup> “Policontexturalidade é uma metáfora re-utilizada (Luhmann, Teubner) como critério de investigação da fragmentação do sentido na pós-modernidade, sendo uma interessante perspectiva para a análise do Pluralismo Jurídico Transnacional. (...) A sociedade diferenciada funcionalmente possui uma autonomia que dificulta qualquer planejamento. Os efeitos colaterais de decisões juridicamente corretas, por exemplo, podem ser socialmente desastrosos. E sequer é possível uma decisão jurídica capaz de observar toda a realidade policontextural da sociedade contemporânea. As decisões jurídicas estão obrigadas, como condição de possibilidade, a manterem-se dentro de esquemas altamente seletivos.” (ROCHA; CARVALHO, 2006, p. 10; 13-14).

capaz de resolver, em última instância<sup>404</sup>, uma colisão entre universalidades, sublinha-se assim tanto o potencial destrutivo decorrente da confrontação de práticas sociais, quanto a dimensão conflituosa do direito (atributo que lhe é inarredável). (TEUBNER, 1997a, p. 152-153). Nestes termos, o ideal regulativo de justiça deve ser construído de maneira “relativa”, como forma de promoção da heterogeneidade,

[d]essa forma, justiça deveria denotar as profundamente problemáticas relações entre *identidade discursiva* e *alteridade discursiva*, todavia não a partir de uma perspectiva de terceiro superior, mas de uma perspectiva única de um discurso singular em relação com o mundo de significados de outros discursos<sup>405</sup>. (TEUBNER, 1997a, p. 157)

Ao conceituar a justiça nestes termos, a mesma é subtraída do domínio privativo do discurso jurídico; desta forma, o papel privilegiado que seria atribuído ao discurso jurídico caso concentrasse a função de “revelar” o justo lhe é subtraído. O discurso sobre a justiça, assim, consiste em “uma provocação” veiculada pelos diferentes sistemas, em especial, contra o sistema jurídico. (TEUBNER, 1997a, p. 157). Por sua vez, o sistema jurídico, instigado, responde ao desafio de duas maneiras: de um lado, esforça-se em manter a consistência interna do direito, de outro lado, em reconstruir sua prática discursiva a fim de acomodar a racionalidade de outro discurso envolvido no problema concreto que se lhe apresenta.

No cenário contemporâneo, os sistemas sociais desterram-se das fronteiras do Estado e, no caso do sistema jurídico, questiona-se sobre a possibilidade de gozar do atributo de unidade, em nível mundial. Os autores (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004a, p. 1007) respondem

---

<sup>404</sup> Desta forma, em face da ausência de uma autoridade capaz de articular de maneira neutra o conflito entre os regimes distintos, o autor reconhece a que o direito mundial deve ser construído sobre as bases de um pluralismo jurídico renovado. Abandona-se, de plano, qualquer tentativa de conferir ao direito um papel integrador (em razão da policontextualidade radicalizada), pois ao direito incumbe a tarefa de participar do processo de reenvio entre os diferentes discursos fechados, definindo e protegendo as identidades plurais contra a dominação de outros discursos, mediante a formalização do discurso, o manejo da racionalidade jurídica e a minimização da capacidade destrutiva dos discursos.

<sup>405</sup> Tradução livre de: “So justice would denote the deeply problematic relations between discursive identity and discursive otherness, not however from a superior third party perspective but from the unique perspective of one singular discourse in relation to the meaning worlds of other discourses.”

afirmativamente a esta questão, todavia, defendem ser inócuo qualquer esforço em pretender compreender a unidade do sistema jurídico mundial de forma análoga à estruturação da unidade no âmbito do Estado-nação, ou seja, assegurada a partir de inúmeros processos institucionalizados hierarquizados com base no enfeixamento de autoridades e dotados de um único ponto de imputação.

Do contrário, a unidade do direito mundial só poderia ser concebida se fosse estruturada com base em “processos” e materializada através de redes de conexão entre operações jurídicas. A unidade que emerge neste contexto deve conviver com uma multiplicidade de contradições internas (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004a, p. 1007-1008), uma *unitas multiplex*<sup>406</sup> (TEUBNER, 1997a, p.160).

Desta feita, o cenário de fragmentação dos discursos jurídicos no plano mundial não se compraz com propostas que demandam por processos de “constitucionalização do direito internacional”; do contrário, impõe: (i) a percepção de que a fragmentação é uma consequência dos contextos sociais, não tanto do próprio direito; (ii) o reconhecimento do desafio de alcançar compatibilização fraca entre os regimes, ao invés de uma pretensão de assegurar a unidade do sistema; (iii) a constatação da impotência do direito em “resolver os conflitos” suscitados entre os regimes.

A constatação de que existe uma pluralidade de racionalidades incompatíveis entre si tem como consequência a impossibilidade de que a unidade no direito seja construída a partir de seu fechamento, formalização e positividade. A construção da unidade nestes termos, inevitavelmente, exigiria que fossem assumidos alguns pressupostos extrajurídicos, razão pela qual o pluralismo jurídico<sup>407</sup> afigura-se como alternativa viável. (TEUBNER, 1997a, p. 157). Nestes termos, o pluralismo jurídico:

(...) é então definido não mais como um conjunto de normas sociais conflitantes em um determinado campo social, mas como uma multiplicidade de processos comunicativos diversos que observam a

---

<sup>406</sup> “Such a *unitas multiplex* cannot be resolved by referring hierarchically to the whole, or to the centre, or to the top, but it can be deparadoxified through the grand tour of references and references back.” (TEUBNER, 1997a, p. 160)

<sup>407</sup> O que diferencia o direito estatal do direito das organizações não é o código jurídico (legal/ilegal), mas os diferentes usos da categoria simbólica de validade. Do contrário, qualquer comunicação que se estrutura com base no código jurídico constitui uma parte integrante do discurso jurídico, inclusive as comunicações entre leigos que reivindicam pretensões entre si. (TEUBNER, 1998b, p. 137).

ação social a partir de um código binário de direito/não-direito<sup>408</sup>. (TEUBNER, 1998b, p. 128).

Concebido desta forma, o pluralismo propicia uma abertura mais radical do direito em relação à sociedade, já que as fronteiras do sistema jurídico não são definidas pelo direito oficial do Estado (TEUBNER, 1998b, p. 137).

Antes de enfrentar a questão específica dos regimes autônomos, a fim de compreender o papel desempenhado pelas regras secundárias na formulação da noção de regime autônomo, importa, pois, fazer um esclarecimento adicional. Em razão da ênfase atribuída à dimensão discursiva do direito, de acordo com a teoria dos sistemas, os tribunais ocupam uma posição central no processo de estabilização das expectativas jurídicas, já que são as cortes que “celebram a função central do direito”, porquanto se valem “do momento dos conflitos para criarem congruentemente expectativas generalizadas”<sup>409</sup>. (TEUBNER, 1998b, p. 137).

Nestes termos, os tribunais (mediante sua estruturação hierárquica) operam como instituições de ligação (*linkage institutions*). A centralidade de sua posição decorre da sua função de solução de conflitos, uma vez que, nesta condição, atuam como espaço de articulação dos discursos jurídicos. Todavia, as normas primárias substantivas, com todo o seu dinamismo real (inclusive a produção legislativa), são gestadas na periferia, ou seja, são produzidas como resposta do sistema jurídico às diferentes provocações resultantes das interações sociais. O direito periférico, assim, é formado pelo direito oficial (leia-se, reconhecido pelo estado) e o direito não-oficial que são estruturalmente acoplados a outros discursos sociais. (TEUBNER, 1998b, p. 137).

Feitos estes esclarecimentos iniciais, passa-se, pois, à análise específica dos regimes autônomos.

---

<sup>408</sup> Tradução livre de: “is then defined no longer as a set of conflicting social norms in a given social field but as a multiplicity of diverse communicative processes that observe social action under the binary code of legal/illegal.”

<sup>409</sup> Tradução livre de: “They produce law in its most autonomous form. They celebrate the central function of law: using the occasion the conflicts to create congruently generalized expectations”.

#### 4.2.2. Delimitação da natureza e da estrutura dos regimes transnacionais privados

A concepção de regime defendida pelos autores se distancia tanto da ideia de “regime regulatório global”<sup>410</sup> (regimes especiais), quanto da noção mais abrangente de regime internacional das relações internacionais<sup>411</sup>. Para eles, a noção que melhor se compraz tanto em relação aos modelos regulatórios internacionais, quanto em relação aos regimes privados autorreferentes, é a noção de “formações pós-nacionais” que envolveria esferas sociais distintas, definida nos seguintes termos:

[e]stas formações são agora organizadas em torno de princípios de finança, recrutamento, coordenação, comunicação e reprodução que são fundamentalmente pós-nacionais, não somente multinacionais ou internacionais.<sup>412</sup> (APPADURANI, 1996, p. 267, *apud* FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004a, p. 1012).

De acordo com os autores, esta concepção de formações pós-nacionais permite a generalização do conceito de regime, deslocando o foco excessivo nos processos políticos, de forma a capturar a maneira pela qual um número muito diferenciado de esferas sociais autônomas produz normas jurídicas conflitantes.

Por sua vez, os regimes privados transnacionais caracterizam-se por serem “ordenamentos jurídicos globais *sui generis*”, produzidos no âmbito de setores da sociedade mundial e constituídos com “autonomia relativa diante do Estado-nação” (TEUBNER, 2003, p. 10). Estes regimes podem ser definidos como:

(...) um discurso jurídico autorreprodutor de dimensões globais que cerra as suas fronteiras mediante recurso ao código binário “direito/não-

<sup>410</sup> “Global regulatory regimes certainly give us a picture of the fundamental transformation of global law from territorial to a sectoral differentiation, but only to the degree that it is induced by those forms of legal regimes which derive from international agreements. No light whatsoever is shed upon the equally rapid growth in the numbers of non-statal private legal regimes.” (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004a, p. 1009).

<sup>411</sup> “The politically-centered perspective, which this reflects, however, is not adequate relative to autonomous private regimes.” (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004a, p. 1011).

<sup>412</sup> Tradução livre de: “[T]hese formations are now organized around principles of finance, recruitment, coordination, communication, and reproduction that are fundamentally post-national and not just multinational or international.”.

direito” (Recht/Unrecht) e reproduz a si mesmo mediante o processamento de um símbolo de vigência global (não nacional). (TEUBNER, 2003, p. 18).

A constituição destes regimes autônomos decorreria de “uma enorme demanda por normas reguladoras que não podem ser satisfeitas pelas instituições nacionais e internacionais”<sup>413</sup>. Tais demandas nasceriam em “comunidades transnacionais” ou “fragmentos autônomos da sociedade, como, por exemplo, a economia globalizada, a ciência, a tecnologia, a mídia de massa, a medicina, a educação e o transporte”. (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004a, p.1010). Os autores identificam na *lex mercatoria* o caso paradigmático para a compreensão da insurgência e afirmação deste conjunto regulatório que prescinde do Estado. Mas podem ser encontrados outros candidatos que galgam a esta condição, p.ex., a *lex digitalis*<sup>414</sup>, a *lex constructionis*<sup>415</sup>, a *lex sportiva*<sup>416</sup>.

---

<sup>413</sup> Os processos de criação de normas dos regimes privados vinham sendo subjugados pela estrutura hierárquica da constituição nacional, todavia, quando esta estrutura é quebrada, a nova arquitetura de instituições jurídicas só pode ser concebida em termos heterárquicos. A origem do direito global não-estatal como uma sequência de operações jurídicas recursivas é formulada em termos de “como se”, mais do que uma questão de ficções jurídicas em torno de antigas operações concretas. (TEUBNER, 2002)

<sup>414</sup> A *lex digitalis* é um regime autônomo não-estatal análogo à *lex mercatoria*, mas que possui sua própria ordem pública transnacional autônoma, estatuidando normas concernentes à Internet. Está fundada na autonomia privada de usuários da Internet, nas regras explícitas da UDRP (Política Uniforme para a Resolução de Disputas por Nome de Domínio), nas Regras para Política Uniforme de Resolução de Disputas (*Rules for Uniform Dispute Resolution Policy*), nas Regras Suplementares (*Supplementary Rules*) particulares dos Provedores de Resolução de conflitos creditados pelo ICANN, bem como pelas decisões dos Painéis do ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*). (KARAVAS; TEUBNER, 2003).

<sup>415</sup> A *lex constructionis*, conforme Fischer-Lescano e Teubner (2004a), é um código profissional mundial dos engenheiros de construção que estabelece normas técnicas que se caracterizam como regras mínimas a serem observadas internacionalmente neste setor. É desenvolvida pelas maiores empresas de construção civil por um pequeno número de associações privadas bem organizadas: Federação Internacional de Engenheiros Consultores (FIDIC), Federação Internacional Europeia da Construção (FIEC), Instituição Britânica de Engenheiros Civis (ICE), Associação para o Avanço da Engenharia do Japão (*Engineering Advancement Association of Japan*) (ENAA), Instituto Americano de Arquitetos (AIA), o Banco Mundial, UNCITRAL, UNIDROIT e alguns escritórios de advocacia internacionais.

<sup>416</sup> Lorenzo Casini (2010, p. 3-4), em trabalho exclusivamente dedicado a este regime especial, define a *lex sportiva* ou “direito desportivo global” como sendo o conjunto de princípios e regras estabelecidos pelas instituições de esportes, ou melhor, abrange todo o complexo de normas produzidas e aplicadas pelos regimes de regulamentação desportiva nos níveis internacional e nacional. Incluem-se neste conjunto normas transnacionais estabelecidas pelo Comitê Olímpico Internacional (IOC) e Federações Internacionais (IFs) – ordens privadas de natureza contratual –, assim como normas de caráter híbrido (público-privado) promulgadas pela Agência Mundial Antidoping (WADA) e pelo direito internacional, tal qual a Convenção

É importante chamar a atenção de que cada contexto normativo produz uma infinidade de padrões regulatórios, cada qual informado (e dirigido) pela sua própria racionalidade. Todavia, quando se enfrenta determinado problema em particular, é possível identificar pontos de intersecção entre diferentes complexos regulatórios (policontextualidade do direito). O enfrentamento deste problema (tendo em vista a solução de conflito instaurado) frequentemente exige um esforço de acomodação de tensões surgidas do entrechoque entre diferentes fragmentos do direito. Isto é assim porque, apesar de serem veiculados mediante o mesmo código (direito/não-direito) e por serem provenientes de diferentes periferias, estes discursos encontram-se embebidos da racionalidade própria ao contexto em que foram produzidos, através de processo de aprendizado (acoplamento estrutural) ou autoprodução (regimes autônomos).

Enfrentando a questão da *lex mercatoria* e da sua inserção no contexto de regulação econômica global, Gunther Teubner (2003, p. 20) descreve este mosaico de fragmentos nos seguintes termos:

[u]m direito econômico global faria, assim, parte do conjunto de discursos jurídicos fragmentados que, na forma do direito estatal, das normas de direito internacional, mas também de regras da *private justice* ou de prescrições de *private government*, desempenham um papel no processo dinâmico da constituição recíproca de ações e estruturas na vida social global. E não é o direito dos Estados-nações, e sim a encarnação simbólica de pretensões de validade o que define a natureza local, nacional ou global de discursos jurídicos fragmentados. (TEUBNER, 2003, p. 20).

Esta narrativa confirma o diagnóstico de que inexistente qualquer “autoridade” em posição de levar adiante um processo de coordenação dos fragmentos da sociedade. Diante do colapso das hierarquias jurídicas, a única opção realística seria desenvolver formas heterárquicas de direito que se limitem elas mesmas a criar relações tênues entre os

---

da UNESCO contra doping no esporte, e, ainda, por entidades desportivas nacionais (Comitês Olímpicos Nacionais e Organizações Nacionais Antidoping, v.g.). Neste artigo, o autor italiano destaca o papel desempenhado pela Corte de Arbitragem do Esporte (CAS), fundada em 1980. De acordo com o autor: “In the last two decades, the activity of this institution has become extraordinarily important. The number of decisions released by CAS has increased to the point that a set of principles and rules have been created specifically to address sport: this “judge-made sport law” has been called the *lex sportiva*.”

seus fragmentos. (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004a, p. 1017). Assim, o pluralismo jurídico daí emergente caracteriza-se pela “coexistência de diferentes processos comunicativos que observam ações sociais na ótica do código binário direito/não-direito.” (TEUBNER, 2003, p. 20).

#### 4.2.3. Conflitos entre regimes: parâmetros para a compreensão

Da forma como a questão acerca dos regimes foi apresentada, o conflito entre regimes representa, ao cabo, conflito entre racionalidades distintas, ou seja, entre universalidades que não podem ser estruturadas a partir de uma terceira autoridade.

Os pontos convergentes entre diferentes abordagens que propõem a leitura dos conflitos normativos como conflitos desta natureza são listados por Gunther Teubner (1997a, p. 154-155) da seguinte forma: (i) esta colisão não se realiza entre discursos ideais, mas entre práticas sociais reais revestidas de lógica própria e com um enorme potencial destrutivo; (ii) o direito não é chamado a decidir sobre os conflitos entre valores como totalidade, bem, utilitário, verdade, justo, belo; (iii) o direito é exposto a colisões potencialmente destrutivas entre discursos concretamente conduzidos em sociedade; e (iv) estes discursos são autorreproduzidos através de uma concatenação de enunciados que são condicionados por uma gramática interna e por códigos binários e programas que reproduzem sua lógica interna com fechamento hermético.

Por esta razão, o conflito entre regimes não pode ser reduzido a um conflito entre unidades políticas pertencentes a regimes regulatórios (constituídos por tratados internacionais e outros mecanismos institucionalizados), porquanto o maior destes conflitos envolve igualmente regimes de governança privada autônoma. (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004a, p. 1023).

Ora, se os sistemas sociais fecham suas fronteiras operativas a partir do uso de códigos binários, como é possível articular o encontro destes discursos? A fim de fornecer um instrumental analítico para o enfrentamento deste *choque* entre racionalidades, a teoria dos sistemas propõe que este processo (“interdiscursividade”) seja resultado de esforço simultâneo de manter claramente separados os padrões discursivos autônomos e, ao mesmo tempo, tratar das formas de sua interconexão a partir da ideia de acoplamento estrutural.

De acordo com o autor, os *outputs* produzidos pelo sistema após uma irritação estimulada por algum elemento externo não podem ser compreendidos, simplesmente, como uma espécie de “transferência” de constructos de uma ordem normativa para outra ordem. Ademais, este processo de “aprendizagem”, igualmente, não pode ser adequadamente representado a partir de metáforas como “interação”, “negociação” ou “interpenetração” de ordens jurídicas diversas. O mais adequado seria falar, de acordo com Gunther Teubner, de “constituição mútua”, desde que sejam assumidas as seguintes condições:

Primeiro, (...), os limites de significado que diferenciam os discursos fechados devem ser reconhecidos. Segundo, “constituição mútua” não pode ser compreendida como uma transferência de significado de um campo para outro, mas precisa ser vista como um processo de reconstrução interna [de acordo com racionalidade discursiva deste sistema]. Terceiro, os limites internos que tornam a constituição mútua altamente seletiva devem ser levados a sério.<sup>417</sup> (TEUBNER, 1998b, p. 133)

As limitações discursivas responsáveis pelas distorções sistemáticas não são qualquer coisa que possa ser evitada a partir da utilização de argumentos racionais. Não são simplesmente as especificidades dos discursos envolvidos, mas “seus pressupostos básicos de autorreprodução” que levam à produção sistemática de discursos “equivocados”. (TEUBNER, 1998b, p. 133). Esta sua característica (*productive misunderstanding*) não representa uma falha sistêmica, ou um problema que deva ser superado, mas decorre das limitações discursivas do processo de recodificação da demanda de acordo com o padrão discursivo interno de cada sistema. (TEUBNER, 1998b, p. 130).

Destas características dos conflitos entre regimes decorre a necessidade da correlata reconceituação do conflito normativo. A proposta do autor consiste em conceber o direito dos conflitos como uma cadeia infinita de decisões últimas em que o argumento jurídico “passa através” de diferentes racionalidades. Estas demandas são

---

<sup>417</sup> Tradução livre de: “First, against all recent assertions on blurring the ‘law/society’ distinction, the boundaries of meaning that separate closed discourses need to be recognized. Second, mutual constitution cannot be understood as a transfer of meaning from one field to the other but needs to be seen as an internal reconstruction process. Third, the internal constraints that render the mutual constitution highly selective must be taken seriously.”

juridicamente institucionalizadas (através da sua tradução para o discurso jurídico) e, com base nestes elementos, chega-se a decisões sem que seja capaz de “resolver” de forma permanente o conflito subjacente. (TEUBNER, 1997a, p. 159-160).

Diante desta incomunicabilidade entre racionalidades discursivas distintas, a alternativa de articular a unidade sistemática a partir de bases hierárquicas deve ser, de plano, afastada como inadequada.

O modelo a ser estruturado, de acordo com os autores, deve basear-se em redes de colaboração constituídas sobre as seguintes premissas: (i) a ideia de *unitas multiplex* concebida a partir de simples compatibilidade normativa (ao invés de unidade do direito hierarquicamente concebida); (ii) processos de produção do direito (*law-making*) concebidos através de mútua irritação, observação e reflexividade das ordens jurídicas autônomas; e (iii) formas descentralizadas de lidar com os conflitos normativos.

Com o propósito de formular diretivas a orientarem os processos de solução de conflitos entre regimes (como alternativa às técnicas jurídicas tradicionalmente associadas à colisão de direitos entre regimes regulatórios especiais), Andreas Fischers-Lescano e Gunther Teubner (2004a) propõem as máximas a serem descritas nas subseções seguintes.

#### 4.2.3.1. Fortalecimento de mecanismos e processos de observação recíproca

A conversão de conflitos internacionais em conflitos entre regimes leva a reconhecer às diferentes instâncias decisórias uma tarefa compartilhada de criarem, através de processos de mútua observação, um conjunto de normas transnacionais substantivas, que reivindicam sua validade em ambos os regimes. Desta forma, de acordo com as novas regras de solução a serem criadas, a escolha do direito aplicável não dependerá de seleção entre jurisdições nacionais (como no caso do conflito entre normas do direito internacional privado), mas dependerá de processo de “aprendizagem” entre diferentes regimes funcionais. (FISCHER-LESCANO, 2004a, p. 1022).

Os tribunais em questão – tribunais nacionais e instâncias transnacionais de resolução de conflito – seriam confrontados a enfrentar os desafios de: (i) criar normas substantivas transnacionais em meio a este caos; (ii) procurar para o caso

individual concreto normas jurídicas apropriadas para além de suas esferas jurídicas territoriais, organizacionais e institucionais; (iii) assumir a responsabilidade de combiná-las de forma a desenvolver um corpo transnacional de normas.<sup>418</sup> (FISCHER-LESCANO, 2004a, p. 1022-1023)

A criação destes vínculos de mútua observação entre as diferentes instâncias decisórias é diagnóstica (e defendida) por inúmeros autores que se ocupam do debate em torno das funções a serem desempenhadas pelo argumento de direito comparado, como se verá adiante (seção 6.3).

#### 4.2.3.2. Utilização da técnica de compatibilização normativa

O direito precisa compreender que o conflito entre normas jurídicas dos regimes envolvidos, qualquer que seja sua natureza (corpos regulatórios políticos, organizações internacionais ou estados particulares), constitui expressão de conflitos fundamentais entre princípios organizacionais dos sistemas sociais. (FISCHER-LESCANO, 2004a, p. 1024). A proposta de compatibilização por eles formulada difere tanto da análise política quanto da técnica de ponderação de interesses. A fim de ilustrar a diferença na abordagem proposta<sup>419</sup> de cada uma dessas três perspectivas, os autores analisam o caso da quebra de patentes dos medicamentos genéricos que resultou na instauração de um Painel, perante o Órgão de Solução de controvérsias da OMC, entre os proprietários de patentes (mediado pelos Estados Unidos) contra o Brasil.

---

<sup>418</sup> Tradução livre de: “Concerned courts—national courts and transnational instances of conflict resolution—would be required to meet the challenges of creating transnational substantive norms out of this chaos, seeking for the individual case at hand appropriate legal norms beyond their territorial, organizational and institutional legal spheres and taking responsibility for combining them norms in order to develop a transnational body of law.”

<sup>419</sup> Ao abordarem o caso da quebra de patentes dos medicamentos genéricos, Fischer-Lescano e Teubner (2004a, p. 1024-1032) apresentam três leituras possíveis do conflito: (i) considerá-lo um conflito entre o direito nacional brasileiro e os direitos dos detentores da patente (em consonância com o direito internacional de propriedade intelectual – Acordo GATT/TRIPS); (ii) reputá-lo como um conflito entre dois regimes internacionais diferenciados: entre a regulação internacional do comércio e os mecanismos de solução de controvérsias (OMC) e entre um regime especial de direitos humanos (saúde pública) e seu respectivo Órgão Direito no âmbito das Nações Unidas (OMS); e, (iii) nem um conflito de direitos tampouco de instituições, mas um conflito de racionalidades concorrentes.

De acordo com os autores, a técnica de compatibilização<sup>420</sup>, em relação às demais, permite construir ligações externas de responsividade social<sup>421</sup>, a partir da racionalidade interna do próprio sistema que, no caso, identifica-se à lógica de custo-benefício que orienta as relações econômicas (sistemicamente acoplada às regras da Organização Mundial do Comércio), de sorte que:

(...) o reenvio de normas externas ao sistema à OMC dentro do direito da OMC significa: a identificação de realidades sociais colidentes; o reenvio de regras de um regime setorial estranho no interior de um dado regime jurídico; a reformulação do conflito de acordo com sua racionalidade jurídica (*quaestio iuris*), e a compatibilização interna de racionalidades sistêmicas reformuladas legalmente. No caso concreto, isto implica que as medidas de proteção da saúde devem, em certos casos, serem elas mesmas protegidas contra pressões econômicas.<sup>422</sup> (FISCHER-LESCANO, 2004a, p. 1031)

De acordo com a leitura dos autores, o impulso à compatibilização normativa entre os sistemas decorrem de reações internas dos próprios sistemas frente às contingências externas, ou seja, em relação às pressões contra si exercidas.

---

<sup>420</sup> (...) the re-entry of non-WTO law within WTO-law means: the identification of colliding social realities; the re-entry of alien sectoral regime orders within a legal regime; the reformulation of the conflict within the *questio iuris*; and the internal compatibilization of legally reformulated systemic rationalities. In the concrete case this entails that health protection measures must in certain cases be themselves protected from economic pressures. (p. 1031)

<sup>421</sup> (...) to build responsive external linkages within its own perspective of economic rationality. Such a “re-entry” of conflicting law within one’s own legal system allows for the translation of rationality collisions within the *quaestio iuris*; it avoids the unfortunate situation whereby external cognition can only take place on the collapse of a regime. (FISCHER-LESCANO, 2004a, p. 1030).

<sup>422</sup> Tradução livre de: “the re-entry of non-WTO law within WTO-law means: the identification of colliding social realities; the re-entry of alien sectoral regime orders within a legal regime; the reformulation of the conflict within the *questio iuris*; and the internal compatibilization of legally reformulated systemic rationalities. In the concrete case this entails that health protection measures must in certain cases be themselves protected from economic pressures.”.

#### 4.2.3.3. Substituição da ideia de hierarquização de normas (peremptórias) pela lógica de redes

Se a ideia de ausência de hierarquia for levada a sério no direito internacional, a pretensão de vinculatividade das normas de *jus cogens* (caráter não-dispositivo das máximas por elas veiculadas) deve encontrar um adequado equacionamento. Os autores rechaçam as alternativas extremas, que conferem caráter de precedência hierárquica (constitucionalização do direito internacional) e que negam sua aplicabilidade em face da falta de precisão em torno de seus contornos. De acordo com os autores, a ideia de coordenação central hierarquizada deve ser suplantada por uma lógica de redes, mediante a qual os regimes, mantendo sua autonomia, podem construir seu discurso regulatório sobre determinados pontos de referência comuns<sup>423</sup>.

Desta forma, os autores reconhecem que as cláusulas de não-disposição (normas peremptórias) não gozam de uma gramática comum compartilhada entre os diferentes regimes no espaço transnacional. Isto é assim porque, em que pese a expressa previsão do art. 53 da CVDT, não há acordo em torno do alcance de suas provisões e sobre a delimitação de suas consequências jurídicas. Pelo contrário, estes elementos encontram-se sujeitos a uma pluralidade de leituras distintas em cada um dos regimes jurídicos em que o seu sentido é ressignificado. Desta forma, os autores reconhecem que

[a]limentar diferentes fórmulas de bem comum, no seio de diferentes regimes, certamente cria um problema. Mas a questão central não é a harmonização entre estes pontos de referência, mas, ao invés disso, o de instigar a autoorganização do próprio regime de forma que cada um desses regimes possa estabelecer suas gramáticas próprias em relação às suas visões de

---

<sup>423</sup> Nas palavras dos autores: “It is characterized by combining two conflicting demands with one another. On the one hand one finds in networks the autonomous and decentralized reflections of networks nodes which seek compatibility with their human and natural environments. On the other, in networks linkages exist between these decentralized reflections in the sense that nodes observe each other closely. Thus, in spite of their autonomy, regimes can build on the assumption of common reference points, which is of course nothing but an operative fiction.” (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004a, p. 1033).

um *ius non dispositivum* global<sup>424</sup>. (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004a, p. 1034).

Esta *unitas multiplex* seria estimulada por inúmeros processos que confrontariam os resultados produzidos em cada um desses ambientes, *e.g.*, o escândalo de setores da opinião pública, a pressão oriunda de esferas políticas internacionais e, ainda, a cooperação entre regimes autônomos<sup>425</sup>.

#### 4.2.3.4. Mútua observação entre as instâncias decisórias mediante “deferência-padrão”

O grau de certeza jurídica não pode ser forjado, neste sistema jurídico policêntrico, a partir de uma instância decisória hierarquicamente superior no centro do direito global. Do contrário, o que se afigura como sendo realisticamente factível é a absorção da incerteza no processo de conexão interativa entre decisões jurídicas, à semelhança do que ocorre com a tradição da observância de precedentes. (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004a, p. 1039-1040).

Não há que se falar, contudo, na existência de mecanismos de *stare decisis*, ou mesmo de estrita vinculação horizontal. Trata-se daquilo que os autores chamaram de “deferência-padrão”, que seria:

uma presunção refutável de que as decisões de tribunais de regimes internacionais revestem-se da característica de precedentes, umas em relação às outras. Existe uma conexão à questão em torno da absorção de incerteza dentro de organizações formais e informalmente articuladas em rede. Nisto consiste a aceitação de decisões anteriores conferindo-lhes um potencial de variação contínua.<sup>426</sup> (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004a, p. 1044).

---

<sup>424</sup> Tradução livre de: “Nurturing different common good formulas within different regime contexts certainly creates a problem. But the problem is not one of harmonizing these reference points, but is instead one of prompting regime-internal self organization so the different regimes can establish their own grammars for their version of a global *ius non dispositivum*.”

<sup>425</sup> “the scandalizing of sectors of public opinion; pressure from international politics; and cooperation between autonomous regimes.” (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004a, p. 1034).

<sup>426</sup> Tradução livre de: “the rebuttable presumption that the decisions of international regime courts do have the character of precedent for one another. There is a connection to the issue of

Esta interação, contudo, não significa nem uma provocação, nem uma revolução judicial, mas, sobretudo, uma forma de rede judiciária em escala global comprometida com os desafios de complexidade. (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004a, p. 1045).

O debate em torno das redes de comunicação entre as cortes judiciais e o papel por elas desempenhado no processo de articulação dos discursos sobre a constituição representa o objeto central desta tese e terá muitas de suas implicações enfrentadas diretamente nos próximos dois capítulos.

#### 4.3. MAPEANDO A “DESORDEM DE ORDENS” NO ESPAÇO TRANSNACIONAL

Como se viu, há uma profusão de relações que se processam em espaços outros que não aqueles afeitos, tanto à regulação estatal, quanto à regulação tradicional do direito internacional. Nestes espaços transnacionais, percebe-se igualmente a ocorrência de uma profusão de regimes que, na qualidade de novas arenas decisórias, revestem-se de pretensão regulatória e dotam-se de mecanismos e instituições para o equacionamento das tensões e conflitos suscitados em seu âmbito (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004a).

Como o título da seção sugere, apesar da advertência feita por William Twining (2007, p. 73) em relação ao uso de metáforas espaciais, este tópico tem a pretensão de traçar um breve panorama sobre estes espaços, buscando identificar os padrões de interação que se processam “intra”, “em meio” e “entre” tais regimes, bem como, recuperar a discussão em torno das dificuldades teóricas que os conflitos normativos (entre comandos normativos e entre instâncias decisórias) suscitam ao direito internacional.

A pretensão de mapear a “desordem de ordens”<sup>427</sup> se coaduna com três aspectos que foram evidenciados nas seções anteriores: (i) a existência de padrões distintos de inter-relação; (ii) a ênfase a ser atribuída aos conflitos e ao obliteramento da hierarquia como critério ordenador destes espaços de regulação; e (iii) o caráter dinâmico destas interações.

---

uncertainty absorption within networks and formal organizations; that is, the acceptance of previous decisions with a continuing potential for variation.”.

<sup>427</sup> Referência à proposta de Neil Walker (2008a) e de Boaventura dos Santos (2002)

Considerando os termos definidos anteriormente (seção 3.3), a regulação transnacional caracteriza-se por “localizar-se” em uma posição intermédia entre o nacional e o internacional (*in-between state*) e por ser veiculada (potencializada) por redes de inter-relações que se projetam para além do Estado (*diffuse networks of transnational inter-relationships*).

Desta forma, não há que se falar em um “único” espaço de regulação transnacional, mas em uma multiplicidade de esferas regulatórias que se entremeiam transnacionalmente, ou seja, perpassando as fronteiras tradicionais que separam o direito interestatal do direito nacional. Estes espaços são formados mediante dois movimentos convergentes: de um lado, a transformação dos espaços regulatórios tradicionais; de outro lado, a criação de “novos” espaços que se constituem de maneira “autônoma”.

Como visto, a profusão de regimes internacionais, a insurgência de espaços transnacionais autônomos e o aumento de estratos regulatórios domésticos (estatais e não-estatais) concorrem para a formação de um complexo quadro de entrelaçamento de sistemas normativos e favorecem a (são impulsionados pela) criação de inúmeras redes de interação. Este quadro gera aquilo que se convencionou chamar de multinivelamento e segmentação das ordens jurídicas.

Em relação ao primeiro aspecto, as ordens jurídicas nacionais passam a ser suplementadas (confrontadas) por outras ordens jurídicas, locais (não-estatais), supranacionais, transnacionais e globais<sup>428</sup>. Em relação ao segundo aspecto, percebe-se a ocorrência de regulação jurídica transnacional de um conjunto de campos específicos, os quais independem de qualquer interferência direta dos Estados, como, *e.g.*, a regulação da internet ou a *lex mercatoria*.

Estes movimentos de expansão do direito internacional e da regulação para além das fronteiras jurídicas do estado nacional, como analisado nos itens anteriores, representam reações dos sistemas jurídicos e dos diferentes agentes envolvidos às demandas decorrentes da especialização funcional das sociedades contemporâneas altamente complexas.

Os processos de globalização e de especialização da sociedade concorrem para a desterritorialização do espaço de regulação, ou seja,

---

<sup>428</sup> Ao analisar os processos de difusão do direito, Twining (2007) propõe, com base no reconhecimento do direito como uma forma de prática social preocupada em ordenar as relações entre sujeitos e pessoas, a existência de diferentes níveis “geográficos” de direito: global, internacional, regional, transnacional, inter-comunitários, sub-nacional (unidades políticas), não-estatal.

para um deslocamento para além do estado territorial de inúmeros âmbitos normativos. Estes espaços de regulação, por sua vez, afiguram-se como novos *clusters* constituídos como resultados diretos do alto grau de especialização funcional da sociedade (reterritorialização em espaços outros que não o espaço estatal). Estes novos arranjos normativos são guiados tanto por critérios de especialização funcional, ou seja, pela identificação de áreas temáticas (*issue areas*), quanto pela sua composição e articulação em bases territoriais (e.g., blocos de integração econômica e sistemas regionais de proteção de direitos humanos). Portanto, reconhece-se neste trabalho que as novas fronteiras jurídicas, mais porosas e cujos contornos são mais imprecisos, são resultado da conjugação de critérios tanto funcionais, quanto territoriais.

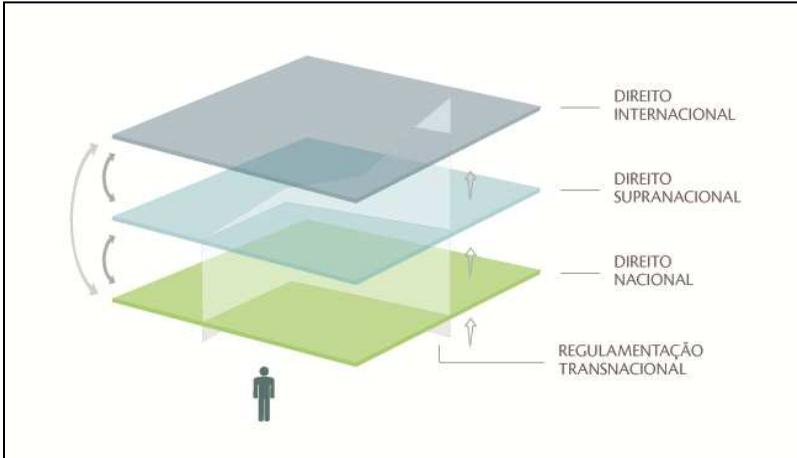
Por fim, importa lembrar que o conflito atual (ou potencial) entre ordens normativas e instâncias decisórias representa a preocupação substancial que dirige (e condiciona) muitas das perspectivas metodológicas e epistemológicas que orientam os trabalhos relacionados à temática. A questão do conflito é tão essencial que a existência de “concorrência de autoridades constitucionais sobre determinado território e sobre as mesmas relações jurídicas” tem sido apontada como o elemento característico e identificador do pluralismo jurídico. (KOMÁREK, 2010, p.1).

#### **4.3.1. Identificação visual do caráter multidimensional e fragmentário**

As imagens a seguir apresentam, de maneira gráfica, as ideais anteriormente apresentadas.

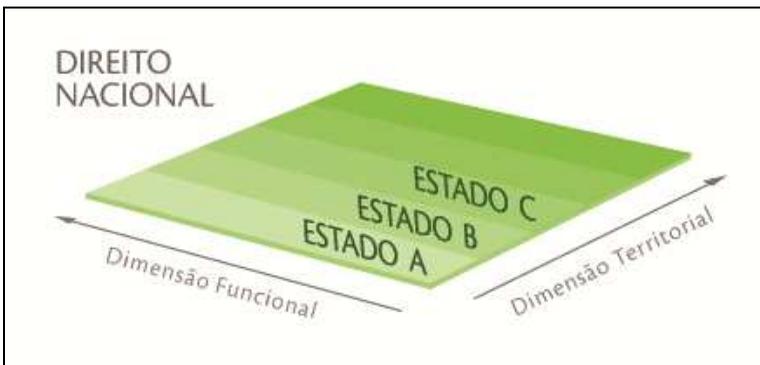
A figura 1 demonstra de forma abrangente as relações de interação que podem ocorrer entre o direito interno, o direito supranacional (comunitário) e o direito internacional. As interações daí advindas caracterizam o que anteriormente se denominou de direito transnacional em sentido amplo. Tais interações não costumam incorporar a carga de tensão do direito transnacional em sentido estrito, pois se tratam de esferas de regulamentação que, comumente, consideram as decisões de outros âmbitos e possuem mecanismos de respeito/adaptabilidade às decisões advindas das outras esferas. A figura mostra que o indivíduo, geograficamente situado no plano do direito nacional (interno), vê sobrepostas a ele pelo menos mais duas esferas formais e bem estabelecidas de regulação: o direito supranacional

(comunitário) e o direito internacional, que bem demonstram o caráter insuficiente do direito interno em alguns âmbitos de regulação.



**Figura 1:** Mapa de interações nos espaços oficiais de regulação e a regulamentação transnacional

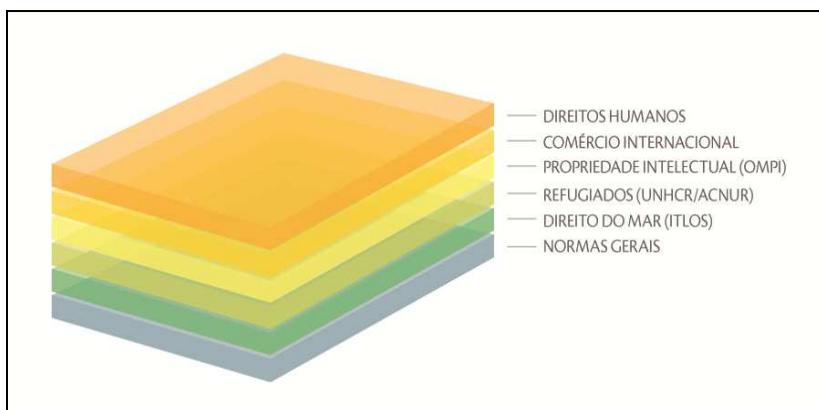
Transversalmente a essas três esferas de surge a regulamentação transnacional, consistente no âmbito normativo que em movimentos de maior ou menor tensão, colocam as esferas em processo de interação e diálogo.



**Figura 2:** Diferenciação territorial no plano da regulação doméstica

A figura 2 serve para ilustrar a autonomia que os Estados gozam para, no âmbito de sua jurisdição territorial (coordenada  $x$ , eixo à direita), exercer competência plena sobre todos os domínios funcionais do direito (coordenada  $y$ , eixo à esquerda). Esta figura isoladamente representa o conceito clássico de soberania, em face do qual, os Estados são livres para regular plenamente o universo normativo no interior de suas fronteiras geográficas.

Por outro lado, quando o plano estatal doméstico é articulado com os demais planos de regulamentação que excedem as suas fronteiras geográficas, percebe-se mais claramente aquilo que se convencionou chamar de multinivelamento das ordens jurídicas. Ou seja, a ocorrência de sobreposição (parcial) de normas. Enquanto a dimensão geográfica é mais facilmente delimitada (o domínio normativo fica circunscrito à área geográfica dos Estados, ou ainda, do espaço regional de regulamentação, como é o caso da União Europeia ou do Sistema regional americano de proteção dos direitos humanos).

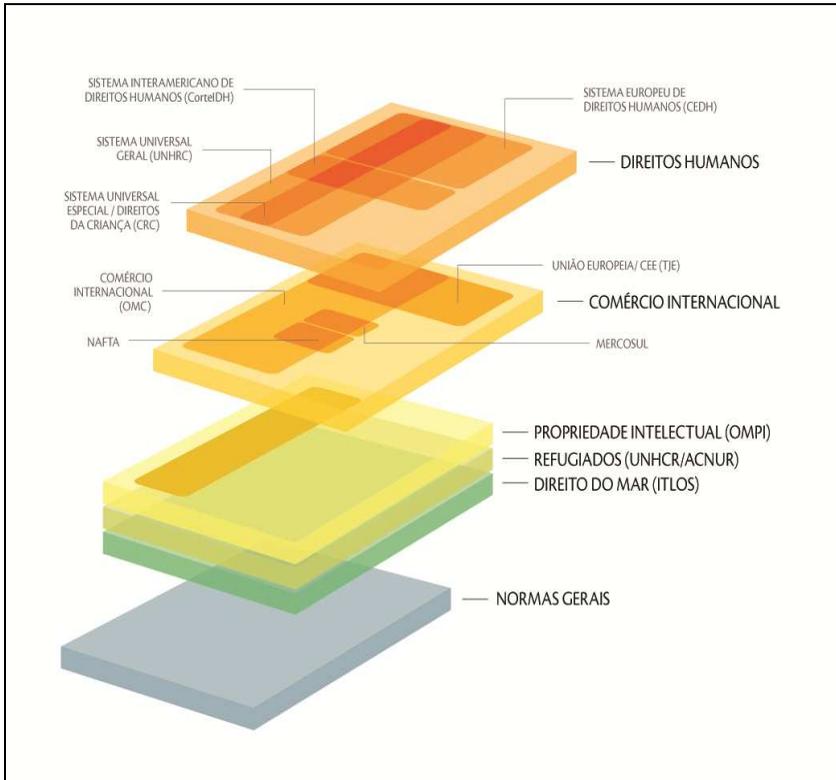


**Figura 3:** Segmentação na ordem jurídica internacional (multinivelamento)

A figura 3 pretende demonstrar que, diferentemente do que pode parecer à primeira vista, o direito internacional reúne um universo normativo denso, complexo e multissegmentado. Com a ampliação da densidade normativa de cada um desses âmbitos regulatórios, os mesmos ganham em complexidade e, por conseguinte, acabam por produzir novos segmentos.

Como discutido anteriormente, estes regimes caracterizam-se não somente pela existência de marcos regulatórios próprios, mas por

disporem de regras específicas relacionadas à preservação de sua integridade funcional e, muito frequentemente, prevêem a existência de órgãos decisórios (judiciais ou quase-judiciais), dotados, inclusive, da competência de demarcarem (interpretativamente) seu próprio âmbito de competência. Este elevado grau de complexidade fica evidente na análise da próxima figura.



**Figura 4:** Segmentação e multinivelamento no âmbito de regulação internacional

Como dito anteriormente, a figura 4 representa uma espécie de desmembramento da figura anterior. Nela é possível visualizar, exemplificativamente, não somente a existência de múltiplas camadas normativas no âmbito do próprio direito internacional. Mas que cada uma dessas camadas pode ser ainda segmentada em âmbitos normativos

setorizados, a partir tanto de critérios geográficos como de especialização funcional.

Veja-se, por exemplo, o caso dos direitos humanos. A figura ilustra dois conjuntos normativos delimitados geograficamente, a saber: os sistemas regionais europeu e americano, cada qual territorialmente circunscrito aos Estados signatários das convenções de proteção aos direitos humanos em tela. Ademais, cada qual, igualmente, possui um órgão próprio de solução de controvérsias, ou seja, de aferição das situações de descumprimento das obrigações internacionais assumidas, que tenham resultado na lesão dos direitos humanos de quaisquer das instâncias administrativas.

Além dos sistemas regionais, a figura igualmente ilustra a presença de dois âmbitos normativos, funcionalmente delimitados, cuja abrangência não se define geograficamente. Trata-se, de um lado, do regime universal (geral) dos direitos humanos que tem no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas o seu órgão de supervisão e de acompanhamento do cumprimento das obrigações assumidas nesta temática; de outro, do regime especial geral de proteção dos direitos da criança, cuja abrangência geográfica se aproxima daquela do regime universal, apresentando, contudo, um universo normativo mais reduzido de aplicabilidade.

O sistema universal geral (da ONU) estende sua abrangência geográfica para todos os Estados. Tanto é assim que a faixa atravessa todo o plano. Já o sistema europeu ou americano, por exemplo, são geograficamente limitados. Por isso eles possuem a abrangência territorial (eixo da dimensão territorial) limitada. Por outro lado, em termos funcionais, o sistema europeu é muito denso (disciplina um conjunto muito grande de direitos) por isso ele é bem mais extenso (em relação à dimensão funcional) do que o sistema universal de proteção dos direitos das crianças, por exemplo.

#### **4.3.2. Tipologia para lidar com os acoplamentos (entre as ordens jurídicas colidentes/sobrepostas)**

Como se pôde perceber, o cenário de relações que se realizam em meio aos espaços de regulação é muito complexo e bastante assimétrico. Esta complexidade decorre da existência de uma multiplicidade de padrões de inter-relação decorrente da diversidade de elementos envolvidos. Verifica-se uma pluralidade: (i) de espécies de sistemas normativos com graus variados de institucionalização; (ii) de agentes estatais e não-estatais (que atuam simultaneamente em diferentes

âmbitos normativos); (iii) de espécies de normas com graus variados de vinculatividade; e (iv) de mecanismos de interação entre os atores envolvidos.

Diante deste emaranhado de ordens, inúmeras são as propostas apresentadas pelos autores para “descrever” estas relações. Para tanto, valem-se de diferentes critérios para empreender este esforço classificatório, *e.g.*: os tipos de sistemas jurídicos em colisão<sup>429</sup> (NEVES, 2009), as “atitudes” frente às normas transnacionais<sup>430</sup> (JACKSON, 2010); as formas e instrumentos de interação<sup>431</sup> (DELMAS-MARTY, 2009); ou ainda, a forma e o papel desempenhado a referência cruzada na comunicação transjudicial<sup>432</sup> (SLAUGHTER, 1994).

---

<sup>429</sup> Com a finalidade de fornecer elementos empíricos que reforçam a defesa do constitucionalismo transnacional defendido pelo autor, ele sistematiza uma série de julgados que envolvem colisão de regimes díspares utilizando como critério os tipos de ordens jurídicas em rota de colisão. Nestes termos, sua análise diferencia: (i) entre direito internacional público e o direito estatal; (ii) entre direito supranacional e o direito estatal; (iii) entre ordens jurídicas estatais; (iv) entre ordens jurídicas estatais e transnacionais; (v) entre ordens jurídicas estatais e ordens locais extra-estatais; e (vi) entre direito supranacional e direito internacional. (NEVES, 2009, p. 116-208).

<sup>430</sup> Vicki Jackson identifica a existência de atitudes diferenciadas em relação à abertura do sistema às fontes normativas transnacionais. Para tanto, a autora classifica dos discursos em relação ao elemento transnacional em: (i) atitude de resistência; (ii) atitude de convergência; e (iii) atitude de engajamento. Após fazer um inventário sobre diferentes propostas teóricas que envolvem a questão e situá-las no âmbito de cada uma das abordagens por ela sistematizadas, a autora posiciona-se favoravelmente à adoção de uma postura de engajamento. Em que pese a autora pretender fixar uma espécie de teoria geral das interações entre os sistemas, os exemplos utilizados e a indistinção em relação às fontes transnacionais tornam a sua proposta muito circunscrita à análise da abertura dos discursos constitucionais nacionais (em especial, em face em torno do debate travado nos Estados Unidos sobre a questão). (JACKSON, 2009, p. 17-102).

<sup>431</sup> A autora constata a existência de duas correntes antagônicas que pretendem lidar com a questão do conflito de regimes, a primeira construída com base da *ilusão utópica* de uma unidade mundial, a segunda que defende uma *autonomia ilusória* dos regimes dotados de capacidade de autorganização; ante este posição dicotomia, a autora propõe uma solução intermédia em torno de um *pluralismo ordenado* construído com base no reconhecimento da diferença. Partindo destas premissas, a autora pretende descrever os diferentes processos de interação entre os sistemas a partir de três modelos que representariam, em certa medida, cada uma das tendências antes apontadas: *coordenação* através de referências cruzadas; *harmonização* através de aproximação e *unificação* através da hibridação. (DELMAS-MARTY, 2009, p. 17-76).

<sup>432</sup> Anne-Marie Slaughter há algum tempo vem defendendo a insurgência de uma nova ordem jurídica mundial (1997; 2004), que se construiria a partir do entrelaçamento das redes de comunicação materializada, sobretudo, em face das diferentes instâncias decisórias (tribunais nacionais, supranacionais e instâncias de resolução de conflito) (2003a). A tipologia de comunicação transjudicial formulada pela autora teve grande influência e, em certa medida, deu maior projeção ao debate, intensificado na década seguinte, em torno dos diálogos constitucionais entre tribunais (*cross-fertilization*). De acordo com a autora, é possível

Tendo em vista os propósitos desta seção de fornecer um quadro geral sobre as diferentes formas de interação entre os diferentes sistemas jurídicos inter-relacionados, muito útil afigura-se a classificação feita por Neil Walker (2008a). A proposta do autor leva em conta, justamente, o grau de interconexão (*connective intimacy*) e a intensidade com que o sistema “receptor” (*host*) é influenciado pelo sistema “externo” (*foreign*). Sua classificação não tem a pretensão de descrever regras ou critérios para a colisão entre regimes, mas identificar padrões de relação que captem o grau de engajamento entre os sistemas. Apresentados a partir de uma ordem decrescente do grau de intensidade, o autor fala em: (i) incorporação institucional; (ii) reconhecimento de sistema; (iii) coordenação normativa; (iv) sobreposição em relação ao contexto de aplicação (*environment overlap*); e, (v) engajamento voluntário (*sympathetic consideration*).

A (i) *incorporação institucional* ocorre quando o ordenamento receptor “faz uma previsão geral de incorporação das decisões normativas promulgadas por determinada entidade ao ponto das normas extrassistemáticas serem consideradas como impositivas na ordem normativa receptora”<sup>433</sup> (WALKER, 2008a, p. 379).

De acordo com o autor, o único exemplo consolidado em que esta ligação institucional tão estreita ocorre consiste na relação entre a União Europeia e os seus Estados-membros. Apesar das controvérsias acerca de um relativo grau de liberdade dos Estados em adaptar (acomodação jurídica) o ordenamento comunitário a seus sistemas jurídicos, ainda assim, “(...) indubitavelmente, o arcabouço legal instituído pelo Tratado fornece, ele próprio, as bases para um elevado nível de interpenetração institucional” (WALKER, 2008a, p. 379). Isto é assim tanto em nível

---

identificar três grandes grupos de interação sistêmica que se materializam através de comunicação transjudicial: as comunicações *horizontais* (formas de diálogo que se processam entre cortes de mesma hierarquia, tanto nacional quanto supranacional, ou seja, não há nenhuma norma que as impulsione a engajar-se em diálogo com os regimes postos em conversação); as *comunicações verticais* (forma de comunicação que se processa entre cortes supranacionais e nacionais, em face da qual, apesar de não existir tecnicamente mecanismos de revisão judicial, os mecanismos de supervisão internacional impõem uma relação de precedência das cortes supranacionais em relação às estatais) e as *comunicações mistas* (reúne comunicações em que uma corte supranacional estimula ou promove a transjudicialização, quer seja pelo impulso conferido às cortes nacionais para que dialoguem em relação à aplicabilidade doméstica das normas e decisões prolatadas no âmbito supranacional, quer seja em razão do inventário juscomparativo feito no âmbito das cortes supranacionais sobre a experiência jurídica dos Estados, resultando em uma difusão de um “direito comum”).

<sup>433</sup> Tradução livre de: “makes general provision for the normative decisions of an external agency to be incorporated and, to that extent, to be treated as authoritative within the host normative order.” (WALKER, 2008a, p. 378)

legislativo (através da aplicação da regra de efeito direto de certas matérias do direito supranacional europeu), quanto em nível judicial (através do mecanismo de referência preliminar<sup>434</sup> [art. 267<sup>435</sup> (ex-art<sup>436</sup>. 234) do TFUE<sup>437</sup> (ex-TCEE<sup>438</sup>)]).

Em relação aos pronunciamentos do Tribunal de Justiça Europeu havidos no âmbito do procedimento de referência preliminar, tanto em relação à interpretação, quanto em relação à validade do direito comunitário, os mesmos têm sido comumente considerados como “dispositivos” (*authoritative*) nas ordens jurídicas domésticas, por força inclusive do preceito convencional constante do art. 288º (ex-art. 249º), segundo o qual “[a] decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes”. (WALKER, 2008a, p. 379).

O (ii) *reconhecimento de sistema* ocorre igualmente em um contexto de relações altamente interativas entre ordens jurídicas. Todavia, diferentemente da incorporação institucional, esta forma de relação não requerer a presença expressa de um mecanismo específico por meio do qual o ordenamento receptor esteja vinculado a incorporar as normas produzidas em outro regime. Por seu turno, o reconhecimento mútuo ou unilateral materializa-se tacitamente, ou seja, o “sistema externo” (*foreign*) é percebido pelo “sistema receptor” (*host*) por meio

---

<sup>434</sup> Nas palavras do autor: “This is true both at the legislative level, through provision for the direct domestic applicability of certain types of European supranational law, and at the judicial level, through the preliminary reference mechanism, whereby the rulings of the ECJ on matters of interpretation or the validity of European Community (EC) law must be treated as authoritative in the domestic legal order of any of the member states by the relevant domestic referring court.” (WALKER, 2008a, p. 379)

<sup>435</sup> “Art. 267º. 1. O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. 2. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.”

<sup>436</sup> O Tratado de Lisboa, adotado em 13.12.2007, que entrou em vigor em 1.12.2009, introduziu uma série de alterações no texto do Tratado de Roma (Comunidade Econômica Europeia), determinando, através do seu art. 5º que houvesse uma ampla reforma no sistema de numeração do Tratado a fim de consolidar as alterações introduzidas ao longo do tempo ao tratado originariamente promulgado em 1958.

<sup>437</sup> Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, com denominação alterada por força do Tratado de Lisboa, de 2007.

<sup>438</sup> O Tratado que instituiu a Comunidade Econômica Europeia (de 1958), mesmo após a instituição da União Europeia através do Tratado de Maastricht em 1992, com as inúmeras alterações experimentadas ao longo do processo de estreitamento de vínculo comunitário e alargamento da União, permaneceu em vigor fornecendo o quadro normativo para a atuação das instituições comunitárias.

de mecanismos de autodefinição deste último. (WALKER, 2008a, p. 379-380)

O autor aponta dois tipos de relações que podem ser enquadradas nesta modalidade de interação: a recepção do direito doméstico de cláusulas gerais do direito internacional e o reconhecimento intersistêmico entre entidades jurídicas não-estatais.

O primeiro sentido (recepção pelas ordens domésticas) está relacionado diretamente à forma com que, crescentemente, as ordens jurídicas domésticas se autodefinem. Isto ocorre quando as ordens domésticas reconhecem a existência de “alguns valores e regras do direito internacional geral como sendo automaticamente vinculantes” no seu interior (WALKER, 2008a, p. 380), a exemplo do que ocorre com as normas dispositivas de *jus cogens* ou com as normas revestidas do caráter de obrigação *erga omnes*. O encorajamento para que os Estados reconheçam este caráter cogente de determinadas normas internacionais confere um impulso substancial aos esforços em revestir de natureza “constitucional” os discursos produzidos no âmbito do direito internacional. (WALKER, 2008a, p. 381)

Por outro lado, o segundo sentido (reconhecimento intersistêmico) materializa-se através de diferentes mecanismos de interconexão, como *e.g.*: pela existência de um compromisso textual por meio do qual determinado sistema compromete-se a levar determinados elementos extrassistemáticos em consideração (*e.g.*, direito comunitário europeu e sistema europeu de proteção dos direitos humanos<sup>439</sup>, ou ainda, as determinações do art. 39<sup>440</sup> da Constituição sulafricana); pelo reconhecimento mútuo intersistêmico decorrente da sobreposição temática e de estreita aproximação de propósitos entre os regimes<sup>441</sup> (*e.g.*, direito de integração europeu e o regime de comércio internacional

---

<sup>439</sup> Como é o caso do compromisso assumido no Tratado da União Europeia em observar o regime de direitos humanos instituído pela Convenção Europeia de Direitos Humanos.

<sup>440</sup> “39. (1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum: (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law.

(2) When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights.

(3) The Bill of Rights does not deny the existence of any other rights or freedoms that are recognised or conferred by common law, customary law or legislation, to the extent that they are consistent with the Bill.” Disponível em: <http://www.polity.org.za/html/govdocs/constitution/saconst.html?rebookmark=1>. Acesso em: 03 set. 2005.

<sup>441</sup> Nas palavras do autor: “intersystem recognition may flow from a general duty to comply with other treaty obligations entered into with closely overlapping regimes” (WALKER, 2008a, p. 373).

da OMC); ou ainda, pela existência de um conjunto entrelaçado de práticas judiciais e de precedentes (*e.g.*, como a relação ainda controvertida entre o direito comunitário e a autoridade das resoluções do Conselho de Segurança da ONU).

Ao final, o autor conclui o tópico afirmando que vislumbra em todos estes casos, “um elemento inerentemente relacional acerca da autocompreensão e autodefinição da entidade não-estatal, no sentido de que o próprio caráter normativo e o seu grau de efetividade dependem diretamente do cultivo de uma rede de relações recíprocas entre ambos os regimes.”<sup>442</sup> (WALKER, 2008a, p. 381).

Através da (iii) *coordenação normativa* o autor engloba todos os casos de coordenação entre regimes normativos que se situam em uma posição intermediária entre os modelos anteriores (incorporação institucional e reconhecimento de sistema) e os vínculos estreitos típicos dos compromissos bilaterais e multilaterais produzidos no âmbito do direito internacional tradicional. Este grupo envolve o desenvolvimento de regimes que não se revestem do mesmo grau de institucionalização da União Europeia ou da OMC, mas são dotados de certa autonomia (para além dos padrões regulatórios próprios do sistema inter-estatal) e compreendem tipicamente o espaço denominado neste trabalho de espaço de regulação transnacional. Se por um lado esta definição afigura-se de vagueza acentuada, por outro lado, “ela cobre uma grande parte daquilo que é considerado como *novo* na ordem jurídica global”. Desta forma, pode-se “capturar” todos os regimes regulatórios transnacionais abrangidos pelo projeto de “direito administrativo global” (KRISCH, 2006).

A fim de ilustrar este universo bem díspar de situações englobadas por este modelo de relação, reproduz-se aqui o rol apresentado pelo próprio autor:

(...) as atividades administrativas e regulatórias implementadas em nível global, pelos diferentes Órgãos das Nações Unidas (como a Organização Mundial da Saúde e a Força Tarefa de Ação Financeira); redes transnacionais informais como o Comitê de Supervisão Bancária de Basileia que reúne os presidentes dos Bancos Centrais; “administração compartilhada” resultante da atuação concertada entre os legisladores nacionais

---

<sup>442</sup> Tradução livre de: ““we see an inherently ‘relational’ element in the self-understanding and self-definition of the nonstate entity — a sense that its normative purpose and its effectiveness alike are dependent on the cultivation of a network of relations with other entities.”.

em face da existência de objetivos comuns e complementares em matérias de interesse transnacional como, *e.g.*, a conservação da biodiversidade e a segurança nuclear; formas administrativas transnacionais de natureza híbrida (público/privada) como a Corporação para Atribuição de Nomes e Números na Internet (ICANN); e, finalmente, órgãos puramente privados como a Organização Internacional para a Padronização (ocupada com a harmonização de produtos) ou ainda a Agência Mundial Anti-Dopping (dedicada à ética no esporte).<sup>443</sup> (WALKER, 2008a, p. 381-382).

Como se pode ver, nesta “forma”, foi reunido uma gama muito diferenciada de “ordens jurídicas”, tanto em relação a sua origem (regimes especiais internacionais, regimes privados, atuação transgovernamental e, ainda, atuação transnacional dos atores estatais nacionais), quanto em relação ao seu grau de institucionalização (variando de Órgãos institucionalizados no âmbito das Nações Unidas, passando por regulamentações eminentemente privadas, até alcançar redes informais de articulação entre autoridades estatais).

Até o presente momento, as três formas de relação mapeadas pelo autor (*i*, *ii* e *iii*) conferem acento às relações existentes entre as normas e sistemas jurídicos (ou seja, o escopo da análise empreendida dirige-se às interações entre sistemas e os respectivos discursos de reconhecimento produzidos). Todavia, as outras duas modalidades deslocam o foco para os problemas que envolvem o entrecruzamento de normas em relação a determinado contexto concreto de aplicação, quer seja em relação aos conflitos entre normas por eles suscitados (*iv*), quer seja em relação à busca por um inventário de alternativas interpretativas (*v*)

Em relação à forma de interação denominada (*iv*) *environmental overlap*, aqui traduzida por *sobreposição de ordens normativas distintas* em relação ao mesmo contexto de aplicação, o autor ocupa-se com a

---

<sup>443</sup> Tradução livre de: “These include the globally extended administrative and regulatory activities of UN bodies such as the World Health Organization or the Financial Action Task Force; informal transnational networks such as the Basel Committee consisting of the heads of central banks; bottom-up “distributed administration” between national regulators with common and complementary objectives in matters such as biodiversity conservation or nuclear safety; hybrid private/public transnational administrative forms such as the industry-sponsored but, significantly, now government-populated Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN); and, finally, purely private bodies such as the International Standardization Organization, concerned with matters of product harmonization, or the World Anti-Doping Agency, devoted to sports ethics.”

ocorrência de conflitos e sobreposições normativas em determinados ambientes sociais e econômicos diretamente impactados pela incidência de diferentes ordens jurídicas.<sup>444</sup> (WALKER, 2008a, p. 382).

De acordo com o autor, este tipo de interação é decorrência inevitável da proliferação de formas transnacionais públicas, privadas e híbridas de coordenação normativa que suscita uma “multiplicação de circunstâncias em que várias regras emanadas de diferentes regimes jurídicos podem projetar-se (concreta ou abstratamente) sobre o mesmo contexto prático e sobre os mesmos atores envolvidos”<sup>445</sup> (WALKER, 2008a, p. 382).

Muitos destes regimes especiais, de acordo com seu grau de institucionalização, dotam-se de instituições com atribuição para resolução de conflitos, contudo, inexistente qualquer lógica de coordenação jurisdicional entre eles<sup>446</sup>; já que suas atribuições não são nem exaustivas, nem clara e precisamente demarcadas. Disto resultam situações de acirrado conflito, tanto de concorrência normativa (*e.g.* dispusta sobre a regulamentação dos mecanismos geneticamente modificados entre a OMC e a Comunidade Europeia), quanto de conflito jurisdicional (*e.g.*, o muitas vezes citados Caso *MOX Plant*<sup>447</sup> que envolveu o acionamento simultâneo de diferentes instâncias decisórias e três complexos normativos<sup>448</sup>).

---

<sup>444</sup> Nas palavras do autor: “It is concerned not with the interlocking norms of different legal orders, or with the new and complex legal forms created out of this interlocking, but with overlap in the social and economic environments impacted by these different legal orders or by the various new forms of regime they generate.”

<sup>445</sup> Tradução livre de: “multiplication of circumstances in which various laws emanating from different legal regimes can have an actual or potential bearing on the same practical context and on the same actors implicated in the same practical context”.

<sup>446</sup> Em consonância com a dimensão potencialmente conflitiva própria da instituição de regimes autônomos (*self-contained*) já discutida na seção 2.2 deste trabalho, Neil Walker (2008a, p. 382) constata que: “[e]ach functional regime tends to have its special constellation of stakeholders and a conception of relevant protected interests, situational goods, and legal *vires* that reflects the particularity and partiality of the constellation; the meeting of these self-referential systems can lead to novel conflicts, uncertainties, and complexities. (WALKER, 2008a, p. 382).

<sup>447</sup> Esse caso inicia-se com a firma British Nuclear Fuels Ltd. (BNFL), que explorava usinas nucleares na região situada em Sellafield (Reino Unido), a 180 km da costa da Irlanda. A empresa já detinha uma usina chamada THORP e tratava os combustíveis nucleares irradiantes afim de produzir o MOX, mas a ideia era aumentar a produção e abrir uma nova usina que produzisse 120 toneladas por ano de MOX. Todavia, na iminência do Reino Unido autorizar a produção e transporte do material radioativo, prevista para 20 de dezembro de 2001, a Irlanda suscitou a instauração de múltiplos procedimentos com a finalidade de obter medidas cautelares e a suspensão do serviço da usina nuclear e sua produção de MOX. Para uma descrição detalhada do caso, cf. Vitor de Oliveira (2009).

<sup>448</sup> Tribunal Arbitral instaurado sob os auspícios da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (UNCLOS), Tribunal constituído em face da Convenção de Proteção do

O que se vê nestes casos,

(...), é uma sobreposição multiniveldada tão densa, complexa e sensível a diferentes concepções de bem que se torna desprovida de sentido a tentativa de identificação do direito aplicável através do recurso a alguma forma de noção bidimensional de jurisdições mutualmente e unilateralmente excludentes<sup>449</sup>. (WALKER, 2008a, p. 383).

Por fim, o (v) *engajamento voluntário* (*sympathetic consideration*) diz respeito ao diálogo voluntário entre jurisdições, ao processo de migração de ideias constitucionais entre ordens jurídicas (entre estados e regimes não-estatais) em contextos em que as ordens jurídicas consideradas não se encontram articuladas nem em uma relação de interação normativa (de acordo com as categorias *i*, *ii* e *iii*, acima), nem resultam de um entrelaçamento prático (de acordo com a categoria *iv*, acima).

Tradicionalmente, essas relações são descritas em termos de relação horizontal (SLAUGHTER, 1994), em face do caráter “meramente voluntário” com que se engajam os atores envolvidos nos processos de diálogo e de migração. Contudo, o autor defende que esta relação deve ser compreendida como integrante do mesmo padrão de interconexão das demais categorias, por razões tanto interpretativas, quanto causais. (WALKER, 2008a, p. 383)

Em relação às razões interpretativas, o autor chama a atenção para o fato de que aquilo que leva os agentes a engajarem-se em um esforço de “consulta a um sistema de fontes externo”, em grande medida, é a existência de uma predisposição ao reconhecimento de valores universais compartilhados (veiculados através do discurso sobre direitos humanos ou sobre valores constitucionais). Por outro lado, em relação às razões causais, o autor aponta a tendência de que, quanto mais se faça referência a outras jurisdições, tanto maior será a percepção

---

Meioambiente Marinho do Nordeste do Atlântico (*OSPARConvention*) e perante o Tribunal de Justiça Europeu. (KOSKENNIEMI, 1997, p. 7-8)

<sup>449</sup> Tradução livre de: “(..) is a multilayered overlap so dense, complex, and sensitive to differently situated, nuanced conceptions of the public good that it makes no sense to try to identify the proper law through resort to some two-dimensional notion of mutually exclusive or unilaterally dominant jurisdictions”. Adiante, prossegue ainda o autor, “What is more, not only is environmental overlap the product of the new density of normative connections but it can often produce its own secondary normative consequences, as discrete normative systems with actual or potential overlapping practical environments adjust to the implications of overlap.”

da dimensão de interdependência e interconectividade que marca os problemas contemporâneos. (WALKER, 2008a, p. 384).

### **4.3.3. Descrição de alguns casos emblemáticos em que o conflito entre regimes e/ou entre órgãos jurisdicionais ficou evidenciado**

O primeiro caso a ser analisado ficou conhecido na literatura internacional como “MOX Plant”.

O caso envolveu uma disputa entre o Reino Unido e a Irlanda e versava sobre produção de energia nuclear. A empresa britânica British Nuclear Fuels Ltd. (BNFL) explorava usinas nucleares na região de Sellafield, no Reino Unido, e possuía uma usina denominada THORP onde produzia o MOX<sup>450</sup>; porém, havia um projeto para se ampliar a produção do MOX por meio de uma nova usina, com capacidade para produção de 120 toneladas por ano. (OLIVEIRA, 2009)

Para atingir tal desiderato, segundo Oliveira (2009, p. 9):

De acordo com as normas europeias, em especial, o art. 37 do Tratado da Euratom, o Reino Unido ouviu a Comissão Europeia e deveria consultar os Estados afetados antes de iniciar o seu projeto nuclear. Nesse sentido, entre 1997 e 2001 realizou dois relatórios de avaliação, e com base neles, promoveu cinco consultas públicas. Com o resultado das consultas públicas, decidiu, em 03 de outubro de 2001, que a usina era “economicamente justificável”, autorizando a produção do serviço (manufatura de MOX).<sup>451</sup>

---

<sup>450</sup> “O combustível nuclear de mescla de óxidos, óxido mixto, combustível MOX ,ou simplesmente MOX, é uma mistura de plutônio e urânio natural ou empobrecido que se comporta em um reator de forma similar ao urânio enriquecido que alimenta a maioria dos reatores nucleares. O MOX é uma alternativa ao combustível de urânio enriquecido utilizado na maioria dos reatores comerciais do mundo” (*Wikipédia*, 2011)

<sup>451</sup> Em 25 de março de 1957, a Europa presenciou a assinatura de dois tratados, o que instituiu a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e o que instituiu a Comunidade Europeia da Energia Atômica (CEEA ou EURATOM). Em seu art. 37, o Tratado EURATOM estabelece: “Os Estados-Membros devem fornecer à Comissão os dados gerais de todos os projectos de descarga de efluentes radioactivos, seja qual for a sua forma, que permitam determinar se a realização desse projecto é susceptível de implicar a contaminação radioactiva das águas, do solo ou do espaço aéreo de outro Estado-Membro.” (Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12006A/12006A.htm>)

A Irlanda, que fica situada a 184 km do local em que a fábrica de MOX estava instalada participou ativamente das consultas públicas realizadas pelo Reino Unido. Porém, descontente com os encaminhamentos que este último país vinha dando ao caso, em 15 de julho de 2001, o governo irlandês baseou-se na cláusula 32 da Convenção sobre a Proteção do Ambiente Marinho do Atlântico Noroeste (OSPAR) para solicitar a instauração de um tribunal arbitral. (OLIVEIRA, 2009)

Preocupada com a iminência da instalação da usina pelo Reino Unido, em 25 de outubro de 2001, valendo-se do art. 287 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, a Irlanda requereu, agora no âmbito deste outro apoio normativo, a instação de outro tribunal arbitral. Segundo OLIVEIRA (2009, p. 11), a Irlanda:

[...] afirmou nessa demanda que as operações da usina MOX e o transporte internacional de material radioativo afetariam alguns de seus direitos (direito a informação e proteção ao meio ambiente), pedindo, ainda, que o Reino Unido cooperasse para a realização de um estudo apropriado de impacto ambiental das operações da usina e do transporte do material radioativo, evitando e tomando medidas no sentido de impedir a poluição no mar da Irlanda.

Em razão da demora para instalação do tribunal arbitral, ainda se valendo da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, a Irlanda, em 09.11.2001, requereu ao Tribunal Internacional do Direito do Mar, medidas cautelares de conversação e a suspensão da autorização de instalação que o Reino Unido havia concedido à empresa BNFL. Menos de um mês depois, em 03.12.2001, o Tribunal determinou algumas medidas para ambas as partes (Reino Unido e Irlanda), mas fundamentalmente medidas de cooperação em trocas de informação, tendo rejeitado o pedido principal da Irlanda. (OLIVEIRA, 2009)

Após três ações da Irlanda (requerimento de instalação de dois tribunais arbitrais e o requerimento perante o Tribunal do Mar), o Reino Unido resolveu agir e apresentar uma queixa contra a Irlanda no Tribunal de Justiça da União Européia (àquela época denominado Tribunal de Justiça das Comunidades Européias). Paralelamente, o Reino Unido opôs exceção de incompetência perante o Tribunal do Mar, que a rejeitou em 24.6.200. Porém, em 1º.12.2003, a pedido da Irlanda, o Tribunal do Mar suspendeu o processo. (OLIVEIRA, 2009)

Informa, ainda, Oliveira (2009, p. 13), que em “02 de julho de 2003, o Tribunal arbitral OSPAR julga o caso, reconhecendo sua competência, conforme art. 9º de sua Convenção de OSPAR sobre direito à informação, mas denega o pedido da Irlanda”.

Antes, porém, de o Tribunal do Mar suspender o processo, em 30.10.2003, a Comissão Europeia apresenta um recurso perante o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, com fundamento no art. 10 do Tratado de Roma.<sup>452</sup> Após a tramitação do processo, em 30.5.2006, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias decidiu que sua competência para julgar o dever de cooperação entre os Estados integrantes da Comunidade Europeia era exclusiva e, diante desse argumento, condenou a Irlanda por violação dos artigos 10 e 292 do Tratado de Roma.<sup>453</sup> (OLIVEIRA, 2009)

Assim, restou a Irlanda vencida em quatro órgãos julgadores: (i) no Tribunal Arbitral instaurado no âmbito da OSPAR, “porque o tribunal acolheu a invocação do princípio de confidencialidade da informação por parte do Reino Unido, mesmo reconhecendo sua competência para julgar o caso” (OLIVEIRA, 2009, p. 15); (ii) no Tribunal Arbitral no âmbito da Convenção do Mar, em razão de sua própria desistência; (iii) no Tribunal Internacional do Direito do Mar, posto que o órgão se revelou “sensível ao argumento da precaução, remetendo as partes para o cumprimento dos deveres de cooperação leal no fornecimento da informação” (OLIVEIRA, 2009, p. 15) e, por fim, no âmbito do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, que definitivamente a condenou por violação ao dever de lealdade.

Desse modo, esquematicamente, o conflito (caso) MOX Plant envolveu: (a) quatro instâncias distintas de decisão; e (b) dois regimes regulatórios distintos, quais sejam, o direito de integração regional (Tratado de Roma) e o direito internacional (este, por meio de dois instrumentos, a Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar e a Convenção sobre Proteção do Ambiente Marítimo do Nordeste do Atlântico).

---

<sup>452</sup> O artigo 10 do Tratado de Roma estabelece: “Os Estados-Membros tomarão todas as medidas gerais ou especiais capazes de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes do presente Tratado ou resultantes de atos das instituições da Comunidade. Os Estados-Membros facilitarão à Comunidade o cumprimento da sua missão. Os Estados-Membros abster-se-ão de tomar quaisquer medidas suscetíveis de pôr em perigo a realização dos objetivos do presente Tratado.”.

<sup>453</sup> Nos termos do art. 292 do Tratado de Roma: “Os Estados-Membros comprometem-se a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação do presente Tratado a um modo de resolução diverso dos que nele estão previstos.”.

De se ressaltar, por fim, que organizações civis de defesa do meio ambiente questionaram no Judiciário Britânico a autorização dada pelo Reino Unido à empresa BNFL para a instalação de uma nova fábrica. O pleito, porém, não obteve êxito. Mas a simples possibilidade de existência de uma decisão contrária às demais proferidas por órgãos supra e internacionais demonstra ainda mais intensamente as zonas de incerteza que se podem estabelecer no âmbito de espaços transnacionais de regulação.

Já no que se refere a conflitos envolvendo o Brasil, dois casos merecem destaque. O caso das patentes dos medicamentos genéricos para tratamento da AIDS (HIV) e o caso da importação de pneus remanufaturados.

Primeiramente, temos o caso da disputa entre Brasil e EUA sobre **patentes de remédios de combate à AIDS**. A disputa envolveu, em termos normativos, a Lei brasileira de Propriedade Intelectual e o TRIPS.

O TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) é um acordo firmado no âmbito da OMC e que se apresenta como resultado da *Rodada Uruguai (1986-1994)* de negociações multilaterais.

Segundo Moreno (2005, p. 14):

Na ocasião de assinatura do acordo, em 1995, aos países menos desenvolvidos que não reconheciam patentes foram concedidos dez anos para introduzir um sistema de leis de propriedade intelectual. Em 1997, apenas dois anos após assinar o acordo, passou a vigorar no Brasil a lei de propriedade industrial. Ou seja, bastante antes do prazo determinado o país promoveu as mudanças necessárias em sua lei e se tornou “TRIPS-compliant”. Em 2000, os Estados Unidos questionaram se a ameaça de concessão de licença compulsória de medicamentos utilizados no tratamento de HIV/AIDS estava de acordo com o TRIPS. O Brasil foi então colocado na Section 301 Watch List, acusado de ser “desrespeitador de patentes” (patent-miscreant).

O questionamento se deu em razão dos artigos 68 e 71 da Lei nº. 9.279/1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Tais dispositivos permitem a chamada “licença compulsória”, que na prática nada mais significa do que a quebra de patentes pertencentes a outrem.

Convencidos de que tais disposições violavam o TRIPS, em 30.5.2000, os Estados Unidos ingressaram com pedido de consulta junto ao governo brasileiro na OMC, questionando os referidos dispositivos da legislação brasileira. Posteriormente, em 9.1.2001, os Estados Unidos requereram o estabelecimento de painel no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, “apresentando a mesma queixa e afirmando que as consultas não trouxeram os resultados esperados, tampouco a solução para o conflito”. (MORENO, 2005, p. 15).

Em maio do mesmo ano (2001), o Brasil participa da Assembléia Mundial de Saúde, organizada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e realizada em Genebra, na Suíça. De modo estratégico, o governo brasileiro propõe uma resolução relacionada a medicamentos de combate à Aids (HIV). Referida proposta de resolução estabelecia o direito de acesso a medicamentos para pacientes portadores do vírus HIV como direito fundamental.<sup>454</sup>

A resolução também defendia a redução dos custos dos medicamentos e práticas diferenciadas de preços, a depender do grau de desenvolvimento de cada país. Ademais, estabelecia

Estados Unidos e Brasil enviaram comunicado conjunto à OMC, no qual notificaram o OSC o apoio à produção de genéricos nos países pobres e a criação de um fundo internacional para ajudar esses países no combate à Aids.

Inicialmente, a proposta brasileira teve resistência da delegação dos EUA, que naquele momento litigava com o Brasil no âmbito da OMC, e da Índia e da África do Sul, que em que pese serem favoráveis às teses, receavam problemas em acordos anteriormente firmados com laboratórios internacionais. Porém, a postura contrária de apenas 3 países não foi capaz de demover os demais 188 membros da OMS. Pelo contrário, os 3 inicialmente opositores mudaram de posição e a resolução de viú aprovada por unanimidade, tornando-se norma da OMS e sendo encaminhada à ONU e à própria OMC.

Em 5.7.2001, Estados Unidos e Brasil enviaram um comunicado conjunto sobre o alcance de uma solução satisfatória do problema. Ainda no mesmo comunicado, ambos os países informaram que foi criado um “Mecanismo Consultivo bilateral”. (MORENO, 2005, p. 32)

Assim, no caso envolvendo a disputa Brasil – Estados Unidos, podem ser apontados a presença de três marcos regulatórios, quais sejam, a legislação interna brasileira (Brasil), a legislação comercial

---

<sup>454</sup> As informações fáticas descritas nesta seção foram extraídas de Reportagem publicada na Revista Eletrônica ComCiência (<http://www.comciencia.br/especial/pataids/pataids04.htm>)

internacional (OMC) e, até mesmo, a legislação do marco regulatório da saúde (OMS). Já no que se refere à decisão, dois órgãos foram levados à disputa, um direta (OMC), o outro indiretamente (OMS).

O segundo caso diretamente referido ao Brasil, diz respeito à **importação de pneus remanufaturados**.

Em 25.12.2000, o Brasil edita, por meio da Secretaria de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento (SECEX), a Portaria nº. 08, que dispunha sobre “o não deferimento de licenças de importação de pneumáticos recauchutados e usados, seja como bem de consumo, seja como matéria-prima, classificados na posição 4012 da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM”.

Como referida Portaria mudava as regras de importação de pneus (proibindo tanto os usados como os remanufaturados) vigentes há 10 anos e alterava a dinâmica comercial entre Brasil e Uruguai, este último aciona o Brasil perante o Tribunal *ad hoc* do Mercosul<sup>455</sup> alegando violação ao Tratado de Assunção, à Decisão nº. 22/2000 do Conselho do Mercado Comum do Sul e aos Princípios Gerais do Direito da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Após a defesa realizada pelo Brasil, o Tribunal promulga – em 2003 – o Laudo Arbitral nº. VI declarando a incompatibilidade entre a Portaria SECEX nº. 08/2000 e os fundamentos jurídicos levantados pela República Oriental do Uruguai, obrigando o Brasil a permitir a importação de pneus remanufaturados do Uruguai.

Posteriormente, em 20 de junho de 2005, a União Européia solicita consulta ao Brasil no âmbito da OMC, com fundamento no Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, de 1994, - GATT e do Entendimento sobre Regras e Procedimentos de Solução de Controvérsias (DSU). O ponto fulcral levantado pela União Européia era a proibição de importação de pneus remanufaturados advindos da UE e a permissão da mesma importação quando os pneus fossem provenientes do Mercosul.

Em 20 de julho de 2005, em Genebra, reuniram-se, como decorrência da consulta solicitada, Brasil e Comunidade Européia. Como não se obteve acordo, em 17 de novembro daquele mesmo ano a União Européia requereu o estabelecimento de um painel.

O Painel, aberto em 20 de janeiro de 2006, resultou em decisão parcialmente favorável ao Brasil. O relatório final do Painel da OMC,

---

<sup>455</sup> A designação “Tribunal *ad hoc* do Mercosul” refere-se ao fato de que até 2002, antes, portanto, do advento do Protocolo de Olivos, não havia um órgão previamente constituído para solução de conflitos. O Tribunal era instaurado conflito a conflito, daí a denominação de *ad hoc*.

que circulou entre os seus membros em 12 de junho de 2007, estabeleceu a possibilidade de que o Brasil restringisse a importação de pneus remanufaturados, mas apontou incoerência interna em razão das variadas decisões judiciais a permitir a importação de pneus usados que futuramente seriam remanufaturados.

Inconformada com a decisão, a Comunidade Européia apelou da decisão do Painel em 10 de setembro de 2007. Julgada a apelação, em 3 de dezembro de 2007, o Órgão de Apelação da OMC publicizou sua decisão no sentido de manter a anteriormente proferida pelo Painel, entendendo legal e justificável a proibição de importação de pneus usados e remanufaturados face a proteção do meio ambiente. Para o Órgão de Apelação, a restrição brasileira é compatível com o art. 20 (b) do GATT.

Finalmente, em 17 de dezembro de 2007, o Órgão de Solução de Controvérsias (DSB) adotou o relatório do Órgão de Apelação e o relatório do Painel e, em reunião realizada em 15 de janeiro de 2008 o Brasil “comprometeu-se a implementar as recomendações e as regras do Órgão de Solução de Controvérsias, de maneira consistente com as obrigações da Organização Mundial do Comércio.” (relatório ADPF 101).

Antes da solução da controvérsia no âmbito da OMC, porém, em 20 de setembro de 2006 foi distribuída no STF a ADPF nº. 101, na época com relatoria atribuída ao Ministro Celso de Mello, proposta pelo Executivo Federal e tendente a declarar a constitucionalidade dos atos normativos que proíbem a importação de pneus usados e remanufaturados, bem como declarando a inconstitucionalidade de qualquer interpretação contrária a tais atos.

Após quase três anos de tramitação, a Corte, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação para declarar a constitucionalidade de todos os atos normativos citados pela inicial bem com a inconstitucionalidade das interpretações contrárias a eles, salvo as já transitadas em julgado e que não estavam sendo objeto de ação rescisória. Ademais, nos termos da decisão do Tribunal *ad hoc* do Mercosul, a Corte excluiu da proibição as importações advindas do Mercosul.

No caso dos pneus usados e remanufaturados existem pelo menos três regimes envolvidos: o direito interno, o direito de integração regional, o direito internacional propriamente dito, bem como o regime de comércio internacional (OMC).

Essa multiplicidade de regimes acarreta, como não poderia deixar de ser, uma miscelânea de instâncias decisórias: das decisões dos

órgãos executivos brasileiros à decisão do Supremo Tribunal Federal, passou-se pela decisão do Tribunal *ad hoc* do Mercosul, do Painel da OMC e do Órgão de Apelação da OMC.

Talvez um dos aspectos mais emblemáticos desse *case* seja o desenrolar histórico de decisões respeitadoras das anteriores, pois após a decisão do Tribunal *ad hoc* do Mercosul, tanto o Painel da OMC quanto a decisão do Órgão de Apelação, culminando com a decisão do Supremo Tribunal Federal, decidiram favoravelmente à possibilidade de que o Brasil proibisse a importação de pneus usados e remanufaturados, salvo os advindos do Mercosul.



## 5. CONSTITUIÇÃO, *QUO VADIS?* DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS À TEORIA CONSTITUCIONAL

Ao longo dos capítulos anteriores, foi feito um farto inventário sobre os fatores que concorrem para o esgotamento do modelo de estado territorial soberano: os processos de globalização e o fenômeno correlato de insurgência de espaços transnacionais de regulação. Estes fatores permitiram a deflagração de inúmeros ataques contra o papel desempenhado pelas instituições estatais como elementos centrais para a manutenção da integridade da comunidade política e como agências preponderantes de produção de normatividade na modernidade.

Ora, se o modelo de organização territorial do estado entra em colapso, as noções de (e funções da) constituição não podem permanecer as mesmas. A multiplicidade de padrões de regulação, o choque cada vez mais intenso entre concepções de bem concorrentes, o enredamento das relações em escala transnacional e global, ambos, exigem que a constituição lide de maneira diferenciada com o pluralismo radical das sociedades complexas (pluralismo interno e externo<sup>456</sup>) e com as diferentes redes de comunicação.

Estes fatores, conjuntamente, concorrem para o reconhecimento de que a acepção moderna de constituição atravessa uma *crise de identidade* sem precedentes, que coloca em xeque duas de suas funções mais elementares e tradicionalmente associadas às concepções normativas em torno da constituição, quais sejam: a capacidade de operar como fator de integridade (veiculada através do chamado princípio de constitucionalidade) e a aptidão para forjar vínculos de identidade e atuar como fator de integração (materializada através da função de legitimação material do exercício do poder).

---

<sup>456</sup> Miguel Poaires Maduro (2008; 2009) reconhece que o pluralismo jurídico estruturou-se de variadas formas e reflete na prática discursiva dos tribunais de formas distintas. É possível, segundo o autor, distinguir a existência de âmbitos distintos de pluralismo: interno e externo. O *primeiro* (pluralismo interno) refere-se “a uma ordem jurídica na qual múltiplos centros de poder coexistem, reconhecem-se mutuamente e nem sempre são organizados de forma hierárquica” (MADURO, 2009, p. 356); de acordo com esta definição, o autor reconhece que o direito europeu representa uma universalidade sistêmica que pode ser estruturada coerente e consistentemente a partir dos princípios de ordenação do direito contrapontual. O *segundo* (pluralismo externo)

deriva de processos de progressiva comunicação e interdependência entre diferentes ordens jurídicas (nacionais, supra e internacionais) e suscita a constituição de múltiplas relações de interação entre regimes jurídicos especiais e a multiplicação de arenas decisórias; de competição interpretativa e jurisdicional entre instâncias decisórias; e, de transfertilização crescente de concepções jurídicas (MADURO, 2009, p. 357-8).

O constitucionalismo vem tentando responder a esses desafios a partir do desenvolvimento de múltiplas narrativas sobre a constituição, que se materializam através de diferentes propostas de pluralismo constitucional<sup>457</sup>. Esta reação pretende dar conta de demandas crescentes por mecanismos de abertura de suas fronteiras jurídicas e pelo reconhecimento de autoridades cuja legitimidade independe do texto constitucional.

## 5.1. PERMEABILIDADE DAS FRONTEIRAS: POR MECANISMOS DE ARTICULAÇÃO ENTRE AS ORDENS INTERNACIONAL E DOMÉSTICA

### 5.1.1. Incapacidade explicativa dos modelos teóricos do monismo e dualismo jurídico para lidarem com a “invasão” do direito internacional no âmbito doméstico.

Tradicionalmente, o estudo sobre a relação entre o direito internacional e o direito interno, nomeadamente no que concerne aos conflitos entre normas internacionais e domésticas, reduz-se a duas grandes correntes doutrinárias antagônicas: a dualista e a monista, e suas ramificações.

A *teoria dualista*, cujos principais expoentes foram Heinrich Triepel e Dionísio Anzilotti, parte da premissa de que o direito internacional e o direito interno são ordenamentos jurídicos completamente distintos e independentes entre si (PORTELA, 2010).

Para os dualistas, direito interno e direito internacional nunca poderão se unir, uma vez que diferem nos elementos essenciais: a) quanto à substância, já que o direito interno tem como sujeito o indivíduo e disciplina as relações individuais (intraestatais), ao passo que o direito internacional tem como sujeitos os Estados e disciplina as

---

<sup>457</sup> A ideia em torno de pluralismo constitucional envolve diferentes perspectivas: (i) propostas que pretendem identificar elementos para a compreensão e/ou ordenação dos espaços de regulação transnacional, como é o caso das seguintes expressões: “legal and constitutional pluralism” (WALKER, 2002b); “multilevel governance” (JOERGES, 2006); “societal constitutionalism” (TEUBNER, 2004); “transnational government networks” (SLAUGHTER, 2004a); (ii) propostas que pretendem identificar uma nova estrutura constitucional no espaço de integração europeia: “multilevel constitution” (PERNICE, 2002; 2008), “constitutional pluralism” (KUMM, 2009), “contrapunctual law” (MADURO, 2008); e, ainda, (iii) as formas de descrever o processo de expansão do direito internacional: “process of constitutionalization” (MILEWICZ, 2009), “international constitutional order” (DE WET, 2006).

relações interestaduais; b) quanto às fontes<sup>458</sup>, eis que o direito interno funda-se nos costumes nacionais ou nas leis emanadas pelas autoridades competentes, ao passo que o direito internacional tem por fontes os costumes internacionais e os tratados consentidos pelos diversos Estados; e, c) quanto ao valor das normas<sup>459</sup>, porque no direito interno as leis são aplicadas coercitivamente, enquanto que no direito externo a aplicação dos tratados depende, sobretudo, da vontade dos Estados coobrigados (FRANCO, 1958).

Portanto, de acordo com esta concepção teórica, por regerem relações jurídicas distintas, não há que se falar, tecnicamente, em concorrência tampouco em conflito entre as fontes de ambos os sistemas jurídicos (GIANNATTASIO, 2010). Configuram-se como dois círculos que se tangenciam, mas sem que haja intersecção (GÓMEZ FERNÁNDEZ, 2006). Os tratados internacionais, para a corrente dualista, representam meros compromissos assumidos na esfera externa, não gerando efeitos no interior do Estado, salvo se incorporados ao ordenamento interno por um procedimento que os transformem em norma nacional, segundo a “teoria da incorporação” de Paul Laband (PORTELA, 2010).<sup>460</sup>

---

<sup>458</sup> Triepel (1925 *apud* FRANCO, 1958, p. 195), de forma conclusiva, assevera: “[i]nsistimos sobre a tese de que a fonte do Direito interno é a vontade de um único Estado; e, como a fonte do Direito externo é a vontade comum de vários ou numerosos Estados, trata-se de sistemas jurídicos diferentes”.

<sup>459</sup> Quanto ao valor jurídico das normas, Afonso Arinos de Melo Franco (1958, 197-198) reconhece uma diferença acentuada entre a norma de direito interno e a de direito internacional - já que a primeira é irresistível, ante o poder estatal de coerção, inclusive material, para obrigar sua observância, o que não se verifica, em grau comparável, com a norma de direito internacional. Não obstante, segundo o autor, esta distinção “é de grau de eficácia e não de natureza intrínseca das normas”. Dito de outra forma, não se pode negar que as normas de direito internacional também possuem um certo valor coercitivo - negá-lo equivale negar a existência de norma jurídica internacional - tais como a pressão moral, política e econômica, que nada mais são do que formas abrandadas de coerção.

<sup>460</sup> No Brasil, consoante aduz Giannattasio (2010), há uma discrepância entre o entendimento doutrinário predominante e a jurisprudência. A doutrina alinha-se à concepção monista kelseniana, pela qual o tratado sempre deve prevalecer sobre a lei interna (Clóvis Bevilacqua, Haroldo Valladão, Vicente Marotta Rangel, Pedro Lessa, Philadelpho Azevedo, Vicente Ráo, Hidelbrando Accioly, Carlos Maximiliano, Oscar Tenório e Francisco Rezek); a jurisprudência, por sua vez, segue a posição sedimentada pelo STF no emblemático julgamento do RE 80.004, em 1978, classificada como monismo moderado (momento, inclusive, em que surgiu esta terminologia) - antes disto, o STF proclamava a prevalência dos tratados sobre as fontes internas (GÓMEZ FERNÁNDEZ, 2006). Segundo esta orientação, “uma lei interna superveniente poderá afetar um tratado em vigor, com exceção daqueles referentes à matéria tributária, em face do que dispõe o art. 98 do CTN” (GIANNATTASIO, 2010, p. 57). Doutra banda, Varela (2010, p. 65) entende que, no Brasil, “os tribunais consideram a existência de um sistema dualista temperado. De acordo com esse sistema, direito nacional e direito internacional são duas ordens jurídicas distintas e, portanto, existe um duplo procedimento para

Em sentido oposto, a *teoria monista* tem por esteio a premissa de que existe apenas um ordenamento jurídico, composto por normas internacionais e internas interdependentes entre si (PORTELA, 2010), sendo necessário encontrar uma maneira de disciplinar estas duas categorias e a relação entre elas (GIANNATTASIO, 2010).

Todavia, tendo em vista que a “unidade científica do sistema jurídico demanda que não haja a possibilidade de contradições e de conflitos” (GIANNATTASIO, 2010, p. 55), surgiram duas vertentes teóricas: (a) monismo internacionalista ou com primazia do direito internacional, defendida por Hans Kelsen, pela qual o direito internacional é entendido como ordem jurídica superior em relação ao direito interno; e, (b) monismo nacionalista ou com primazia do direito interno, defendida por Wenzel, cujos postulados são construídos a partir da atribuição de um valor superior à soberania, em face da qual os Estados apenas se vinculam às normas internacionais com as quais consentam e nos estritos termos definidos pela ordem jurídica nacional. (PORTELA, 2010).

Em que pese os já mencionados desdobramentos práticos decorrentes da adoção de uma ou outra concepção teórica, aos Estados sempre se reconheceu a faculdade de, pragmaticamente, definir os mecanismos e procedimentos próprios relacionados à veiculação da vontade do Estado em engajar-se no sistema internacional. Ante a profusão de soluções práticas, não sem dificuldade, diversas variações destes modelos foram construídas como forma de tentar reconstruir, teoricamente, a opção feita pelos Estados em relação a uma (ou outra) tradição do direito internacional.

Sem precisar posicionar-se sobre a precedência de um ou outro modelo, a juspublicística internacionalista reconhece como inconteste duas premissas básicas: (i) cabe aos Estados definirem (soberanamente) os mecanismos e procedimentos internos de aprovação e de acomodação da ordem jurídica doméstica às obrigações internacionais; (ii) uma vez firmados os compromissos internacionais em relação a determinada obrigação, em face do princípio de *pacta sunt servanda* (art. 26 da CVDT), aos Estados é vedado invocar dispositivo de ordem jurídica

---

que o tratado seja totalmente válido: o engajamento internacional, pelo qual o Estado se compromete perante os demais Estados-partes no tratado, e o engajamento nacional, com a edição de uma norma interna, a partir da qual o tratado obriga os nacionais. Somente após a norma interna, o tratado torna-se exigível no Brasil, adquirindo valor normativo que varia conforme a natureza do tratado e a forma de aprovação pelo Congresso Nacional. Chama-se dualismo temperado, porque a regra comporta exceções”.

interna para escusar-se do cumprimento da obrigação assumida (art. 27 da CVDT).

Desta forma, sob o ponto de vista interno ao discurso normativo do direito internacional<sup>461</sup>, quando positivada a obrigação internacional, incontestemente deve ser o reconhecimento por parte dos Estados da sua primazia frente aos respectivos planos domésticos.

#### 5.1.1.1. Em que medida é possível falar no esgotamento destes modelos teóricos?

Como se pôde constatar, o debate em torno do efeito doméstico do direito internacional envolve basicamente duas questões de fundo: (i) uma discussão teórica sobre o fundamento de autoridade do direito internacional (ou seja, sobre a existência de uma ordem apriorística de precedência); e (ii) uma discussão prática relacionada aos mecanismos estatais (domésticos) de regulação da aplicabilidade interna do direito internacional (tanto convencional quanto costumeiro).

Assim, em relação às duas questões, estes modelos teóricos (monismo e dualismo) afiguram-se incapazes de fornecer instrumental teórico que possibilite a compreensão tanto do problema da autoridade no direito internacional (já que as soluções apresentadas obedecem a uma lógica de *tudo-ou-nada*<sup>462</sup>), quanto dos desafios relacionados às múltiplas formas de interação (recepção) do direito internacional pelos

---

<sup>461</sup> André de Carvalho Ramos (2002) adverte que a relação entre direito internacional e direito interno é comumente analisada apenas pelo prisma de “como o direito interno vê o direito internacional”, sendo olvidado o outro lado da moeda de equivalente relevância, qual seja, de “como o direito internacional vê o direito interno”. Para o autor, a porfia entre monistas e dualistas é travada no âmbito de estudo do primeiro prisma – visão que o direito interno tem do direito internacional. Entrementes, sob o prisma da visão do direito internacional sobre o direito interno, a questão tem outra coloração. Para o direito internacional, os atos normativos internos – leis, atos administrativos, constituição, decisões judiciais (inclusive das Cortes Constitucionais) – são considerados meros fatos, que expressam a vontade de um Estado, e que devem ser compatíveis com seus engagements internacionais, sob pena de ser o Estado responsabilizado internacionalmente. Em outros termos, é irrelevante, para o direito internacional, se o ordenamento local – inclusive a própria constituição – é monista ou dualista. O que importa é o dever do Estado de sempre cumprir a norma internacional. E é justamente esta última óptica – “como o direito internacional vê o direito interno” – que interessa ao Direito Internacional Geral e, especialmente, ao Direito Internacional de Direitos Humanos. (RAMOS, 2002).

<sup>462</sup> Desse modo, Antônio Augusto Cançado Trindade (2003, p. 506) infere que “[o] antagonismo irreconciliável entre as posições monista e dualista clássicas provavelmente levou os juristas a abordar mais recentemente a relação entre o direito internacional e o direito interno de ângulos distintos”.

Estados (KUMM, 2009, p. 274-279). É justamente em razão desta reduzida capacidade explicativa dos fenômenos contemporâneos que estes modelos vêm sendo objeto de constantes críticas por parte da doutrina. Armin von Bogdandy (2008, p. 400) chega a referir-se a eles como “zumbis intelectuais de outro tempo” que devem ser desconstruídos.

É possível apontar inúmeras concausas que contribuem para esta necessidade de superação.

O direito internacional expandiu-se sobremaneira, alterando drasticamente a sua feição de “de um *jus inter gentes* a um novo *jus gentium* no século XXI” (CANÇADO TRINDADE, 2002a). Esta expansão, como vista na seção anterior, ocorreu em diversas searas tradicionalmente associadas à regulação constitucional doméstica, fazendo nascer uma série de obrigações internacionais assumidas<sup>463</sup> pelos Estados perante a comunidade internacional, as quais demandam deles múltiplos esforços de engajamento e de cooperação (criação de organismos internacionais, procedimentos de supervisão de cumprimento de obrigação, *e.g.*).

Deste espraiamento do direito internacional resulta sua “força invasiva” em domínios até então indiferentes ao espaço de regulação internacional. Esta expansão, por sua vez, suscita uma multiplicação dos regimes normativos e de instâncias produtoras de normas jurídicas, portanto, de atividade quase-legislativa e atividade decisória.

De um lado, surge uma profusão de instrumentos jurídicos com normatividade diferenciada que passam a demandar sua aplicabilidade direta, na esfera doméstica, independentemente de qualquer procedimento de mediação (ou reprocessamento) por parte das instituições nacionais (ROSENFELD, 2008, p. 418). Tais medidas impõem-se, ora coercitivamente, como é o caso das diretivas comunitárias e das implicações concretas das Resoluções do Conselho de Segurança da ONU (KOSKENNIEMI, 2006); ora compromissariamente, através da formação de redes regulatórias transgovernamentais (formadas por entidades representantes de órgãos reguladores nacionais) (SLAUGHTER, 2003b).

Por sua vez, em relação às instâncias decisórias, proliferam instituições que produzem normas jurídicas sem que, muitas vezes, os Estados coimplicados concorram diretamente para esta tomada de decisão. Desta forma, aumentam sobremaneira os espaços de exercício

---

<sup>463</sup> Ressalva em relação ao direito costumeiro. Esforços doutrinários de igualmente fundamentar a prática do direito costumeiro à vontade ficta dos Estados.

unilateral de autoridade pública no âmbito internacional. (VON BOGDANDY; DANN; STEWART, 2009). No âmbito destes espaços regulatórios, as regulamentações e decisões por tais instituições proferidas encontram seu fundamento de legitimidade nos tratados constitutivos. Trata-se de uma espécie de legitimidade derivada, em razão da qual a capacidade de criação deste direito secundário, em princípio, é por aqueles instrumentos limitada, além do que, se sujeita a regras interpretativas restritivas<sup>464</sup>.

5.1.1.2. Quais têm sido as alternativas apresentadas frente a este cenário?

Com frequência têm sido apresentadas propostas alternativas que pretendem acomodar esta diversidade de padrões de interação e de acomplamentos, normalmente agrupadas sob a denominação de “pluralismo jurídico”. Tratam-se de abordagens que reúnem um conjunto muito díspar de perspectivas teóricas que, em comum, compartilham a visão de que existem ordens jurídicas autônomas (neste particular, aproximando-se da perspectiva dualista) as quais, por sua vez, entrecruzam-se através de constantes e intensos processos de interação e de sobreposição.

Em face mesmo dos processos de expansão e de espraimento do direito internacional, não faltam narrativas que, dotadas de certo grau de refinamento teórico, em que pese reconhecerem uma multiplicidade de padrões de interação, em última instância, postulam o reflorescimento de um monismo internacionalista. Estes discursos em torno do fortalecimento do direito internacional (frente ao direito doméstico) expressam-se mediante graus diferenciados de precedência conferida à ordem internacional.

Nestes termos, podem ser colhidas, exemplificativamente e a partir de uma gradação decrescente, as seguintes propostas teóricas: (i) esforços de constitucionalização (em sentido forte) da ordem internacional a partir de uma relativa hierarquização normativa e institucional captaneadas pela ONU (FASSBENDER, 1998; 2003) e pala Corte Internacional de Justiça (DUPUY, 1999); (ii) defesa de uma alteração do foco do direito internacional de um direito voltado à regulação entre Estados para um direito que propicie o desenvolvimento

---

<sup>464</sup> Não se pode invocar, *e.g.*, a máxima interpretativa de poderes implícitos.

de mecanismos institucionais, no âmbito internacional, que se preocupem com o engajamento<sup>465</sup> direto das instituições domésticas neste projeto comum (defesa de um *European way of life*) (SLAUGHTER; WHITE-BURKE, 2006); e, ainda, (iii) a proposta de construção de um “pluralismo sob direito internacional”, mediante o qual Neil MacCormick (1999, 97-121) pugna pelo reconhecimento de uma espécie de dever de compatibilização e contemporização de eventuais conflitos surgidos, já que, enquanto discursivamente construídos, tais conflitos podem ser evitados a partir do reconhecimento tácito da precedência do direito internacional sobre as ordens locais.

Os elementos até aqui sumarizados representam diferentes formas de pressão exercida sobre as fronteiras jurídicas da constituição nacional que se materializam através de deslocamentos (para fora da autoridade constitucional) dos espaços de produção normativa e de centros decisórios. É neste contexto de resistência e de reação do constitucionalismo que se situam muitas das propostas de pluralismos constitucionais.

### **5.1.2. Pluralismo(s) constitucional(is) como resposta às pressões exercidas sobre a “autoridade” da constituição nacional**

Como dito, a expressão pluralismo constitucional envolve inúmeras perspectivas concorrentes que podem ser inventariadas das mais diferentes formas (seção 5.2.2). E, no mínimo, decorre da necessidade empírica de se reconhecer a existência de processos de sobreposição de ordens normativas e de um poder “de fato” que excede as fronteiras nacionais, as quais não podem ser explicadas pelas

---

<sup>465</sup> De acordo com os autores, os três principais mecanismos de empreender (estimular) este engajamento do direito internacional com as instâncias domésticas consiste no: (i) fortalecimento das instituições domésticas; (ii) fornecimento de suporte e amparo institucional (*backstopping*), e (iii) estímulo para que atuem concretamente. Os mecanismos de fortalecimento das instituições são listados pelos autores nos seguintes termos: “These mechanisms include building government networks, providing technical assistance, setting benchmarks and standards, or encouraging other forms of cooperation” (2006, p. 338-339). Em relação à segunda atuação, os diferentes atores internacionais “becomes a tacit actor in domestic political processes, pressuring national governments to reach specific political outcomes and helping to create the conditions to make them possible” (2006, p. 343). Por fim, o estímulo a agir concretamente deve materializar-se através de “international legal rules must penetrate the surface of the sovereign state by requiring governments to take specific domestic actions to meet specified targets.” (2006, p. 346).

referências comuns ao Estado como parâmetro de aferição de legitimidade destas instâncias que transcendem o Estado<sup>466</sup>. (WALKER, 2002b, p. 337).

A insurgência de espaços decisórios para além do Estado é impulsionada pela atuação de inúmeros agentes (estatais e não-estatais). Os espaços supranacionais, intergovernamentais e interestatais constituem-se mediante intrincados processos de negociação e de deliberação política que ainda têm nos agentes políticos dos Estados seus principais atores (seção 4.1). Os espaços de regulação privados não-Estatais, por sua vez, institucionalizam-se e constroem suas cadeias normativas e decisórias independentemente do Estado e, em muitas situações, com pretensões concorrentes em relação às instâncias de regulação oficiais (seção 4.2). Ainda, os mecanismos de interação transnacional operam-se mediante um intrincado processo de interação conflitiva, de diálogo entre os tribunais (e órgãos decisórios quase-judiciais) nacionais e não-nacionais, razão pelas quais os tribunais, domésticos (WHYTOCK, 2009; FERRARESE, 2009) e internacionais (VOLCANKSEK; STARCK JR, 2005a), progressivamente, têm sido identificados como importantes agentes de estabelecimento de pontes entre as ordens jurídicas e de acomodação das diferenças.

Independentemente da leitura que se faça em relação às razões para o fortalecimento do Poder Judiciário (leituras em torno da judicialização da política), os órgãos decisórios (resolução e arbitramento de conflitos) acabam ocupando posições centrais no processo de delimitação das fronteiras do direito. Isto é assim porque incumbe aos tribunais (sobretudo aqueles cuja decisão afigura-se formalmente inapelável<sup>467</sup>), ante os conflitos concretos ante si suscitados, tanto a identificação do direito aplicável (*law finding*),

---

<sup>466</sup> Em trabalho anterior (BASTOS JR, 2000b), subscrevendo a posição firmada pelo Tribunal Constitucional Alemão no julgamento do Caso *Maastricht*, o autor desta tese defendeu que os Estados-Membros da União Europeia permaneciam na condição de “Senhores do Tratado”, razão pela qual, a legitimidade democrática e o fundamento de autoridade do direito comunitário derivariam da legitimidade conferida pelos Estados. Esta, porém, não parece ser a melhor forma de compreender o quadro complexo até aqui apresentado. O presente trabalho pretende justamente enfrentar esta problemática a luz de uma renovação epistemológica e nas categorias da própria teoria constitucional.

<sup>467</sup> Os órgãos decisórios internacionais e supranacionais não realizam autêntico trabalho de revisão judicial das decisões proferidas em outras instâncias normativas. Isto é assim porque, tecnicamente, não existe relação de subordinação hierárquica entre instâncias decisórias distintas. A estratégia para lidar com a discussão sobre a existência (ou não) de desrespeito às obrigações internacionais assumidas e reguladas no âmbito do regime internacional no qual se encontra aquele órgão decisório é tratar as decisões produzidas em outras esferas como “matéria de fato”. (AHDIEH, 2004).

quanto a tarefa de definição do próprio âmbito de sua competência (*Kompetenz-kompetenz*). Estas características, entre outras, permitem aos tribunais institucionalizar a porosidade entre os sistemas e conferir uma capacidade de adaptabilidade do respectivo sistema jurídico ao entorno que as instituições tradicionais (tendo-se por referência o direito estatal e o direito internacional) não são operativamente capazes de prover.

Todavia, os deslocamentos da capacidade regulatória e da atribuição para resolução de conflitos para instâncias situadas fora do Estado não autorizam que se fale em assalto à soberania, ou em processos de subjugação da autoridade constitucional a elementos externos. Pelo contrário, tais processos de transferência de competências por parte do Estado (seção 1.2) não se caracterizam pela eliminação da importância por si desempenhada (seção 3.2); mas se processam por intermédio de intrincados processos de negociação (CAPORASO, 2000) e barganha (LITFIN, 1997), mediante os quais, as interações e trocas entre os sistemas não ocorrem nem unidirecional, nem hierarquicamente.

Paralelamente ao processo de “barganha de soberania” (operado em nível político) ocorrem, no âmbito dos tribunais, movimentos similares de compressão e de expansão de sua autoridade. Estes processos materializam-se mediante o reconhecimento de uma pluralidade de discursos constitucionais.

A multiplicação de discursos sobre a constituição gera, porém, paradoxos, contradições e ambiguidades em dois níveis distintos: (i) em relação à própria ideia de constituição e (ii) em relação à autoridade, no caso, do Judiciário nacional (sobretudo, dos tribunais constitucionais na condição de guardiães da constituição).

(i) Quanto à força sugestiva da ideia de constituição, o reconhecimento de uma pluralidade de discursos constitucionais concorre para o seu próprio fortalecimento (*mais constituição*), tanto nos espaços de regulação interno (desdobramento *lógico* da supremacia constitucional), quanto nos espaços de regulação para além do Estado (deslocamento da gramática da constituição para outros âmbitos).

Este fortalecimento, porém, gera dois problemas. De um lado, propicia um aumento exponencial de expectativas em torno das promessas constitucionais, o que, por sua vez, pode levar à sobrecarga de expectativas e disfuncionalidade em relação à constituição (*menos*

*constituição*)<sup>468</sup>. De outro lado, aumenta sobremaneira os conflitos relacionados às demandas por reconhecimento e por inclusão discursiva e os conflitos sobre a natureza e o teor dos discursos constitucionais veiculados (*muitas constituições*).

(ii) Quanto à autoridade, o reconhecimento de múltiplos centros decisórios (produtores de discursos constitucionais) acaba produzindo instâncias concorrentes e, em muitos casos, faz nascer, ao menos, um compromisso de engajamento em diálogo com estas instâncias. Isto implica, em certo sentido, uma redução da margem de autonomia dos tribunais e, por conseguinte, *menos autoridade*.

Por outro lado, a projeção para estas instâncias da gramática constitucional tem autorizado que os próprios Tribunais nacionais exerçam um controle de legitimidade das decisões proferidas noutros âmbitos, a exemplo das multicidadas decisões da Corte Alemã (*Solange I* e *Solange II*<sup>469</sup>). Desta forma, ao afirmar o controle de legitimidade das decisões proferidas “do lado de fora” (*outside*), os tribunais, por vias transversas, afirmam sua própria autoridade frente a estas instâncias. Este compartilhamento de legitimidade gera, por conseguinte, *mais autoridade*.

Esta ambiguidade de fortalecimento/enfraquecimento dos tribunais mediante a multiplicação dos discursos constitucionais expressa-se, exemplarmente, pela proposta de Armin von Bogdandy. De acordo com o autor (2008), o acoplamento ou “sistemas de ligações” representa a melhor forma de conceber as interações entre as ordens concorrentes. Este acoplamento seria operacionalizado a partir do

---

<sup>468</sup> A este processo de sobrecarga de expectativas em torno da constituição e os riscos corelatos de disfuncionalidade operativa em sociedades periféricas, Marcelos Neves (1994; 1995) atribui a expressão “constitucionalização simbólica”.

<sup>469</sup> Em ambos os casos - *Solange I* (BVerfGE 37, 271 ss., de 1975) e *Solange II* (BVerfGE 75, 223ss., de 1987) - o Tribunal Constitucional Federal alemão reconheceu ser competente para conferir a compatibilidade (ou não) da execução dos atos concorrentes ao direito comunitário secundário em face da Constituição Alemã. O traço distintivo destas decisões consiste justamente na postura adotada pela Corte. Em um primeiro momento, o Tribunal ressaltou que enquanto o Direito Comunitário fosse caracterizado por um processo de integração econômica (portanto, sem que o sistema ocupasse em tutelar os direitos considerados fundamentais pelo direito constitucional alemão), sempre caberia à Corte a avaliação da compatibilidade do direito comunitário em face das cláusulas de garantias providas pelo constitucionalismo alemão (nítida postura de confrontação). Esta decisão provocou, à época, grande repercussão e acabou gerando certa retração da atuação da Corte europeia. Na decisão seguinte, o tom conferido pelo Tribunal alemão mudou. Apesar de continuar reconhecendo a possibilidade de exercer esse controle, assume-o como residual, após reconhecer a guinada jurisprudencial empreendida pela Corte europeia no sentido de incorporar uma gramática de proteção dos direitos fundamentais no âmbito comunitário. Desta forma, o Tribunal alemão reconhece uma espécie de presunção em favor do direito comunitário (nítida postura de cooperação). Cf. sessão 3.3.

emprego, pelas diferentes instituições políticas e jurídicas, de duas técnicas recorrentes no direito internacional: doutrina de efeito direto (autoexecução das normas internacionais) e interpretação consistente (*Charming Betsy doctrine*<sup>470</sup>). Estas técnicas, por sua vez, ao serem redimensionadas a partir da noção de ponderação constitucional, possibilitariam a compatibilização dos interesses conflitantes entre as instâncias nacionais e não-nacionais<sup>471</sup>. Desta forma, segundo von Bogdandy (2008, p. 412) “[d]eve sempre haver a possibilidade, ao menos nas democracias liberais, de limitar, legalmente, o efeito de uma norma ou um ato de direito internacional na ordem jurídica doméstica se este severamente conflitar com os princípios constitucionais”<sup>472</sup>.

A questão acerca dos pesos a serem atribuídos aos diferentes discursos constitucionais e, sobretudo, da autoridade (e mecanismos) por eles veiculadas, faz retomar, uma vez mais, a tensão entre universalismo e particularismo antes salientada. Em grande parte orientado por esta oposição, Nico Krisch (2009) sistematiza as diferentes propostas em torno das reações do constitucionalismo às tensões decorrentes da globalização: constitucionalismo, pluralismo institucional e pluralismo sistêmico. Questão que será discutida na próxima seção.

---

<sup>470</sup> A doutrina da interpretação conforme também é assim conhecida (*Charming Betsy doctrine*) em razão do julgamento emblemático no qual foi desenvolvida: *Murray v. The Schooner Charming Betsy* (1804), oportunidade em que a Suprema Corte estadunidense assentou que uma lei americana não poderia ser interpretada como contrária ao direito internacional quando puder ser interpretada, na medida do possível (*fairly possible*), de forma a evitar este conflito (VON BOGDANDY, 2008).

<sup>471</sup> Não obstante, para von Bogdandy estas doutrinas não podem ser empregadas na forma em que são comumente concebidas, ou seja, como meras técnicas pelas quais se confere prevalência às normas internacionais. Sua tese é a de que ambas devem ser “reconceitualizadas” para desenvolverem categorias que se baseiem na ponderação de princípios constitucionais. Assim, ele encontra nesta ponderação de princípios constitucionais a alternativa hermenêutica para reduzir as tensões entre direito interno e direito internacional, como forma de compatibilização entre as distintas ordens, distanciando-se da noção conflitual da concepção piramidal hierarquizada. Em outros termos, o autor propõe uma “mitigação” das doutrinas da aplicação direta das normas internacionais (self-executing international norms) – as quais não devem simplesmente ser aplicadas de forma direta e unilateral na ordem interna, mas, antes, devem ser ponderadas com os princípios da constituição do país em que serão aplicadas – e da interpretação conforme o direito internacional (*Charmin Betsy doctrine*) – devendo o exegeta recusar-se a tão-somente interpretar a lei de acordo com o direito internacional, mas também levar em conta os princípios constitucionais vigentes no país.

<sup>472</sup> Tradução livre de: “[t]here should always be the possibility, at least in liberal democracies, to limit, legally, the effect of a norm or an act under international law within the domestic legal order if it severely conflicts with constitutional principles.”

## 5.2. CRISE DA IDEIA DE CONSTITUIÇÃO COMO FATOR DE INTEGRIDADE: PLURALISMO CONSTITUCIONAL E CONCORRÊNCIA DE AUTORIDADES

Muitas são as narrativas em torno da existência de crises da constituição e do constitucionalismo. Todavia, não se pretende aqui enfrentar sistematicamente tais desafios, pois o propósito deste trabalho é bem mais modesto. A análise contextual feita ao longo dos capítulos anteriores permite afirmar que, neste cenário de transição, não se pode deixar de reconhecer que as “fronteiras” jurídicas fixadas pela constituição tornam-se cada vez mais porosas, o que concorre para o esfumaçamento das diferenciações modernamente operadas pela constituição (entre direito e política; entre os ambientes interno e externo; e entre espaços público e privado).

Nesta seção, pretende-se transladar os desafios apresentados no capítulo anterior para o seio da teoria constitucional e discutir se (e em que medida) a constituição é capaz de preservar as funções modernas em face das quais vinha operando como fator de integridade e de integração no interior da comunidade política estatal<sup>473</sup>. Como antes antecipado, neste trabalho, defende-se que ambas as funções permanecem operativas desde que os discursos constitucionais venham a ser ressignificados, tendo por base as múltiplas redes de interação e a ampliação dos mecanismos de diálogo institucional com outros atores (sobretudo, situados fora do Estado).

O grande desafio ao constitucionalismo consiste justamente em estabelecer parâmetros para a regulação dos conflitos a partir de regras de colisão que não se assentem, *ultima ratio*, na autoridade territorialmente hierarquizada; mas na capacidade da norma/decisão de produzir pontos de convergência material.

---

<sup>473</sup> É importante lembrar que, em que pese os processos de transpassamento das fronteiras do Estado e de consolidação de inúmeros espaços de regulação em espaços outros que não o estatal (que se impõem mesmo contra sua “vontade” soberana), o estado ainda mantém (e deve continuar mantendo) um papel expressivo tanto em no interior da comunidade política, quanto no cenário global. Cf. seção 2.1.2.

### 5.2.1. Pela necessidade de conceber mecanismos de desconcentração da autoridade constitucional

Nos termos definidos na seção 2.3, ao atribuir à constituição a função de promover a integridade do direito na comunidade política, reconhece-se a ela a tarefa de distribuir as competências entre os órgãos estatais e fixar as balizas para a produção do direito. Em outras palavras, a constituição reveste-se de função nomogenética e representa o fundamento de validade normativa do ordenamento jurídico.

A compreensão da constituição como critério para a demarcação das fronteiras de validade da ordem jurídica (estatal) foi construída com base em três atributos que lhe são usualmente conferidos na condição de “estatuto orgânico do político”: a territorialidade como critério de demarcação espacial de validade (delimitação dos limites dentro/fora e distribuição vertical de competências em unidades territoriais autônomas ou quase-autônomas); a unidade sistemática do ordenamento jurídico (dever de coerência e colmatação de lacunas); e, a legitimidade para fixar o enfeixamento hierárquico das autoridades (distribuição da capacidade de decidir entre órgãos constitucionais, ou seja, distribuição horizontal de competências). Opera-se, assim, uma dupla redução do espaço público à esfera estatal e a redução do direito válido às formas jurídicas veiculadas (ou reconhecidas) pelo direito oficial.

Os processos de globalização e de interdependência assinalados atingem a concepção estruturante de soberania no seu elemento mais central, qual seja na sua capacidade de decisão (TEUBNER, 2002). Em última instância, quando se discutem alguns dos fenômenos contemporâneos (*e.g.*, a insurgência de ordens jurídicas autônomas não-estatais, a existência de âmbitos decisórios deslocados do Estado), ou ainda, quando se postula normativamente a necessidade de que os sistemas jurídicos nacionais revistam-se de maior abertura, o que se está colocando em xeque é a própria noção de autoridade última (MADURO, 2003a; 2006).

Desta forma, encontra-se diante de uma situação paradoxal, pois a única forma de manter a autoridade do Estado e o seu mais eficaz elemento de justificação (a ideia de soberania) consiste no reconhecimento de suas limitações imanentes. Em outras palavras, para se manter operativa a fórmula soberana (*superiorem non recognoscens*), deve-se atenuar a sua condição de *superitas* a partir de alguns recursos conciliatórios como, *e.g.*, as noções de soberania compartilhada (KRASNER, 2001; 2004), ou soberania negociada (LITFIN, 1997), ou

ainda na decomposição da autoridade soberana em diferentes poderes soberanos (CAPORASO, 2000); segundo as quais, o poder de decisão é compartilhado ou limitado por autoridades situadas “fora” do Estado (que se impõem, muitas vezes, unilateralmente<sup>474</sup>).

Transladando este desafio para o seio do constitucionalismo, a única forma de manter o potencial garantístico e ordenador que os discursos sobre a constituição produziram ao longo da modernidade<sup>475</sup> consiste em *desconcentrar a autoridade constitucional*. De outro modo, importa reconhecer a existência de centros diversificados de produção de discursos constitucionais, os quais, produzidos em espaços situados fora das fronteiras jurídicas da constituição nacional, transpõem as barreiras estatais e afirmam-se no plano doméstico dos Estados.

O grande desafio ao constitucionalismo consiste justamente em estabelecer parâmetros para a regulação dos conflitos a partir de regras de colisão que não se assentem, *ultima ratio*, na autoridade territorialmente hierarquizada; mas na capacidade da norma/decisão de produzir pontos de convergência material.

Abdicar do metacrítério da autoridade implica, a um só tempo: (i) uma espécie de renúncia do monopólio estatal em afirmar coercitivamente o direito (direito válido = direito estatal), já que a normatividade que transcende os domínios do estado “deve” ter sua normatividade reconhecida; (ii) uma espécie de renúncia do monopólio dos tribunais nacionais (em especial dos tribunais constitucionais) em resolver definitivamente os conflitos em torno do direito aplicável.

---

<sup>474</sup> A atuação regulatória das organizações internacionais (estatais, híbridas ou não-estatais) vem crescendo exponencialmente, incursionando em inúmeras searas que permaneciam, até bem pouco tempo atrás, na esfera de atuação privativa dos Estados. Esta atuação perfaz-se através de uma infinidade de instrumentos com diferenças acentuadas em relação ao grau de vinculatividade, as formas de discurso veiculados e com grau variado de destinatários para além dos Estados (no sentido estabelecido pelo sistema moderno de Estados). A atuação multifacetada destas diferentes organizações, exigem, segundo A. von Bogdandy, P. Dann e M. Goldmann (2009), a necessidade de se desenvolver uma concepção de publicidade no âmbito do direito internacional público, no sentido de que seja desenvolvido um instrumental teórico que articule as diferentes nuances da atividade de governança global.

<sup>475</sup> Algumas expressões são muito felizes quando pretendem expressar o legado cultural que a ideia de constituição representa para a humanidade: “constituição como aquisição evolutiva” (LUHMANN, 1996), “constituições viventes” (HÄBERLE, 1998); “vontade ético-política de configuração” como consciência jurídica viva (BÖCKENFİRDE, 2000b).

## 5.2.2. Cenários da transição de um monismo constitucional para a ideia (ainda por construir) em torno do pluralismo constitucional

Em seminário dedicado à discussão sobre o constitucionalismo na era da globalização<sup>476</sup>, respondendo à provocação do painel (a pirâmide jurídica deveria ser desconstruída?), Armin von Bogdandy (2008, p. 397) defende que a ideia de pirâmide normativa deva ceder lugar à noção de acoplamento (*coupling*) ou sistema de ligações (*system of linkages*). Isto é assim porque, de acordo com o autor, “somente uma teoria do pluralismo jurídico pode dar conta, descritiva e normativamente, da diversidade no interior do domínio jurídico, em geral, e das ligações entre as constituições domésticas e os fenômenos jurídicos internacionais, em particular”<sup>477</sup>.

Em seguida, assinala ainda, que a noção de pluralismo jurídico “veicula a ideia segundo a qual há uma interação entre as diferentes ordens jurídicas”, produzindo incontáveis consequências para a compreensão do direito constitucional, já que: “uma determinada constituição não mais se configura um *universum* normativo, do contrário, se caracteriza como um elemento a mais como um *pluriversum* normativo.”<sup>478</sup> (VON BOGDANDY, 2008, p. 401). Apesar da força sugestiva destas imagens, as mesmas revelam-se cheias de carga retórica que acabam por tornar o objeto ainda mais nebuloso.

Se é possível identificar, de um lado, certo consenso em torno da ideia de (algum) pluralismo constitucional como alternativa teórica para lidar com as sobreposições normativas e colisões entre autoridades; de outro lado, ainda há muito dissenso em torno dos contornos a serem atribuídos às ideias de heterarquia e compatibilização normativa. As

---

<sup>476</sup> A New York University School of Law, UMR de Droit Comparé de Paris e a Cardozo Law School organizaram dois Seminários Internacionais, ambos, intitulados “Rethinking Constitutionalism in an era of globalization and privatization”, realizados em Paris e Nova Iorque, nos dias 25-26.10.2007 e 4-5.11.2007. Algumas das contribuições discutidas nestes eventos foram publicadas nos n. 3 e 4, volume 6, do *International Journal of Constitutional Law*.

<sup>477</sup> Tradução livre de: “Only a theory of legal pluralism can account, descriptively and normatively, for the diversity within the legal realm, in general, and the links between domestic constitutions and international legal phenomena, in particular. Rather than a “ pyramid ”, “ coupling ” might be a more fitting general concept.”

<sup>478</sup> Nas palavras do autor: “The concept of legal pluralism does not imply a strict separation between legal regimes. Rather, it promotes the insight that there is an interaction among the different legal orders. This concept has far-reaching consequences for the understanding of constitutional law: any given constitution does not set up a normative universum anymore but is, rather, an element in a normative pluriversum.”

próximas seções pretendem justamente lidar com os desafios suscitados por esta fase de transição e de busca por modelos teóricos que, sem romper totalmente com o discurso constitucional moderno, possam dar conta destes desafios que se lhe apresentam.

A tabela a seguir reproduzida sintetiza os principais elementos associados a esta transição, elementos a serem discutidos, separadamente, a seguir.

Tabela 5: Transição do monismo para o pluralismo constitucional

“Monismo” constitucional	“Pluralismo” constitucional
Unidade sistêmica ( <i>state-centredness</i> ) <ul style="list-style-type: none"> <li>• Direito estatal (produzido ou reconhecido pelo Estado)</li> <li>• Teoria rígida das fontes do direito</li> </ul>	<i>Unitas multiplex</i> (não dependente do Estado) <ul style="list-style-type: none"> <li>• Fontes normativas autônomas e dotadas de emergência espontânea</li> <li>• Caráter dinâmico das fontes</li> </ul>
Ordenação hierárquica <ul style="list-style-type: none"> <li>• Ponto de imputação de validade</li> <li>• Quem decide? Intérprete último</li> </ul>	Acomodação “heterárquica” <ul style="list-style-type: none"> <li>• Diferentes regimes jurídicos multinivelados e segmentados</li> <li>• Autoridade compartilhada</li> </ul>
Coerência intra-sistemática <ul style="list-style-type: none"> <li>• Antinomias: falhas a serem corrigidas</li> <li>• Dever de eliminação das antinomias</li> </ul>	Compatibilidade sistêmica <ul style="list-style-type: none"> <li>• Colisões e tensões são constitutivas do sistema</li> <li>• Dever de compatibilização.</li> </ul>

Fonte: Autoria própria

### 5.2.3. Pluralismo jurídico e pluralidade de narrativas sobre a diversidade no direito.

O pluralismo jurídico pode ser genericamente definido como uma “concepção que se refere a ordens, redes e sistemas jurídicos coexistentes em um mesmo espaço geográfico” (AVBELJ, 2006, p. 378). Esta expressão encerra, contemporaneamente, múltiplos usos e vem ganhando projeção em diversos domínios científicos (*e.g.*, antropologia jurídica, direito comparado, direito internacional, estudos sobre globalização) (TAMANAHA, 2008, p. 3). Se por um lado esta

profusão de usos reforça as narrativas em torno da necessidade de redimensionar a forma de compreender a relação entre o direito oficial (estatal) e os demais padrões de regulação social embebidos em diferentes fragmentos das comunidades (subnacionais e transnacionais); por outro lado, trazem a lume inúmeras dificuldades conceituais e o desafio constante de produzir pontes de comunicação entre os diferentes domínios científicos das ciências sociais. (DUPRET, 2007).

O enfrentamento do pluralismo não é um fenômeno contemporâneo, do contrário, é possível identificar uma profusão de narrativas em torno da convivência de multiplicidade de ordens normativas sobrepostas na antiguidade e no medievo (WOLKMER, 1997, p. 168-192); ou mesmo, encontrar em formas subalternas (SANTOS, 2000) e não-oficiais (TAMANAHA, 2008) de normatividade social um mecanismo de resistência dos povos autóctones frente à expansão do colonialismo (GRIFFITHS, 1986).

De acordo com Brian Tamanaha (2008, p. 25-26), o atual acirramento do debate em torno do pluralismo jurídico (em escala global) é decorrente de duas mudanças de perspectiva contemporâneas: (i) da fixação dos níveis global e transnacional de regulação como pontos de partida das análises, fato este que coloca as divergências e conflitos suscitados como aspectos centrais dos fenômenos a serem compreendidos; e (ii) de uma guinada realizada pelos juristas no sentido de incorporar uma visão mais abrangente de direito (como fenômeno social ampliado) a qual acaba por “produzir” uma “profusão de ordens jurídicas”.

É possível identificar um conjunto muito díspar de propostas teóricas em torno do pluralismo jurídico que, de acordo com os propósitos deste trabalho, podem ser agrupadas a partir de três perspectivas distintas<sup>479</sup>: uma *primeira*, que reúne os estudos que se ocupam, de forma bem abrangente<sup>480</sup>, em reconhecer o direito como

---

<sup>479</sup> Reconhece-se, aqui, ser impossível desmembrar de maneira absoluta os discursos nestes três níveis, até mesmo porque, em grande medida o pluralismo parte justamente do reconhecimento de múltiplos níveis independentes em relação ao Estado (ou ao direito oficial). Trata-se de um esforço meramente classificatório a fim de identificar a preocupação que orienta os estudos indicados em cada perspectiva.

<sup>480</sup> A revitalização contemporânea dos estudos em torno do pluralismo jurídico tem sua origem nos estudos antropológicos que, no final dos anos sessenta do século XX, buscavam demonstrar a subsistência de diferentes mecanismos regulatórios e de resolução de conflitos não-oficiais nas sociedades pós-coloniais (AVBELJ, 2006). Seguida de estudos sócio-jurídicos (ao longo da década de setenta e oitenta) que tinham por escopo empreender reconceituar a relação entre sociedade e direito (Sally Merry), buscando reproduzir para o âmbito do direito as preocupações com a multiplicidade de perspectivas próprias da pós-modernidade (Boaventura dos Santos) (TAMANAHA, 2006).

ordenação social que se exprime através de diferentes graus de institucionalização e encontra-se enraizado (embebido) nas práticas sociais, em meio às quais emerge como fenômeno social autônomo (SANTOS, 2000; WOLKER, 1997); uma *segunda*, mais circunscrita ao problema da constituição, que compreende o pluralismo como reconhecimento de uma pluralidade de discursos constitucionais concorrentes (WALKER, 2002b; ROSENFELD, 2008) ou de autoridades concorrentes em um mesmo território (KOMÁREK, 2010; MADURO, 2003b; 2009); e, ainda, (iii) um *terceira*, no plano global, que resulta do esforço em fornecer parâmetros teóricos para lidar com a pluralidade de mecanismos regulatórios insurgentes, ora como desdobramento do direito internacional (BURKE-WHITE, 2004; PAUWELYN, 2004), ora como espaços independentes dos mecanismos tradicionais de regulação interestatal (MICHAELS, 2009; TEUBNER, 1998b; 2003; TEUBNER; KORTH, 2009; LADEUR, 2004; 2010).

A discussão em torno do pluralismo, desde sua origem, é perpassada por duas questões que se encontram presentes em maior ou menor medida e podem ser formuladas nos seguintes termos: (i) quais os critérios que podem ser utilizados para diferenciar o direito das demais normas sociais em geral?<sup>481</sup> (ii) é possível (desejável) utilizar algum critério para “ordenar” estas pluralidades normativas quando colidentes?

A primeira questão, (i) *busca por critérios para identificação do direito*, se apresenta quando se pretende compreender o grau de exigibilidade das expectativas contrafáticas e as interações existentes entre programas normativos distintos (moral, religião, direito estatal, direito não-estatal, convenção social). Em especial, em relação aos sistemas normativos não-oficiais, a dificuldade surge justamente em identificar-lhe os atributos sem que se pretenda, com isso, transplantar-lhes os requisitos tradicionalmente associados ao direito estatal (mecanismos sancionatórios, institucionalidade). Esta controvérsia não é *privilégio* dos juristas, mas igualmente dividiu antropólogos, sociólogos e politólogos desde o início da retomada das investigações sobre o pluralismo jurídico, sendo tematizada a partir de dois matizes sociológicos opostos: direito como “padrão de conduta” e direito como “coerção institucionalizada” (TAMANAH, 1995)<sup>482</sup>.

---

<sup>481</sup> Há quem conteste, inclusive, a própria formulação desta questão nestes termos. De acordo com John Griffiths (1986), esta questão pressupõe, como ponto de partida, o reconhecimento de uma pretensão regulatória oficial do direito estatal que acaba por reduzir as outras formas de normatividade jurídica a formas “imperfeitas”, “incompletas”, “pré-modernas” de direito.

<sup>482</sup> De acordo com o autor, existem duas grandes tradições na sociologia jurídica que orientam a definição destes critérios de diferenciação: identificação do direito a partir da análise do

Reconhecida a existência da normatividade jurídica para além do direito estatal, é possível identificar inúmeras perspectivas teóricas que pretendem diferenciar o “direito oficial” de outras “formas de direito”, preocupados igualmente com a identificação dos elementos constitutivos desta normatividade social e com as diferentes formas de interação (e colisão) entre expectativas normativas diferenciadas. Isto é assim, tanto em relação a abordagens de carácter eminentemente descritivas, quanto em relação àqueles que pretendem inferir critérios, sobretudo, para o enfrentamento normativo das colisões potenciais e concretamente verificadas entre estas constelações de regras de conduta com pretensões de normatividade.

Em face dos limites do presente trabalho, far-se-á a seguir um rápido inventário de algumas dessas perspectivas concernentes à interação entre discursos constitucionais produzidos em diferentes planos. Para tanto, as mesmas serão divididas em dois grupos: o primeiro, aqui chamado de *pluralismo sociológico*, envolve as perspectivas que acentuam a identificação de novas normatividades como esforço teórico de abstração dos padrões de conduta social; o segundo, aqui chamado de *pluralismo institucionalizado*, envolve as perspectivas que buscam identificar os padrões de atuação de determinados padrões institucionalizados de ordenação, em que se reconhece o qualificador de “jurídica”.

Em relação ao primeiro grupo (*pluralismo sociológico*), a proposta de Boaventura de Souza Santos é a que ganha maior projeção. O sociólogo português propõe um conceito amplo de direito<sup>483</sup> que se assenta sob três características estruturais (discursividade retórica, mecanismos de violência institucionalizada e estruturação burocrática), conceito este que acaba por diluir a normatividade jurídica em inúmeros fragmentos difusamente dispersos na sociedade. A fim de conferir operatividade a essa concepção abrangente, o autor identifica seis “formas de direito” constituídas em cada um dos espaços sociais estruturais<sup>484</sup> por ele identificados como locais de poder constitutivos da

---

padrão de conduta de determinado grupo social (Eugen Ehrlich, 1913 e Bronislaw Malinowski, 1926) e a definição do direito através dos mecanismos institucionalizados de coercibilidade (Max Weber, 1920 e Adamson Hoebel, 1954). (TAMANHA, 1995).

<sup>483</sup> Boaventura Souza Santos conceitua o direito como “um corpo de procedimentos regularizados e de padrões normativos, considerados justificáveis num dado grupo social, que contribui para a criação e prevenção de litígios, e para a sua resolução através de um discurso argumentativo, articulado com a ameaça de força.” (2000, p. 290).

<sup>484</sup> De acordo com o autor, os espaços sociais são forjados a partir de interações complexas que se assentam em seis dimensões: “unidade de prática social, instituições, dinâmica interaccional

forma de organização da vida social: direito doméstico<sup>485</sup> (espaço doméstico<sup>486</sup>), direito da produção<sup>487</sup> (espaço da produção<sup>488</sup>); direito de troca<sup>489</sup> (espaço do mercado<sup>490</sup>); direito da comunidade<sup>491</sup> (espaço da comunidade<sup>492</sup>); direito territorial ou direito estatal<sup>493</sup> (espaço da cidadania<sup>494</sup>); e, o direito sistêmico<sup>495</sup> (espaço mundial<sup>496</sup>).

---

e de desenvolvimento, forma de poder, forma de direito e forma epistemológica” (SANTOS, 2000, p. 277).

<sup>485</sup> É formado por “um conjunto de regras de padrões normativos e de mecanismos de resoluções de litígios que resultam da, e na, sedimentação das relações sociais do agregado doméstico. O direito doméstico é, em geral, muito informal, não escrito e tão profundamente enraizado nas relações familiares que dificilmente se pode conceber como uma dimensão autônoma delas.” (SANTOS, 2000, p. 277).

<sup>486</sup> O espaço doméstico é definido como “o conjunto de relações sociais de produção e reprodução da domesticidade e do parentesco, entre marido e mulher (ou quaisquer parceiros em relações de conjugalidade), entre cada um deles e os filhos e entre uns e outros e os parentes)” (2000, p. 277-278)

<sup>487</sup> “[é] o direito da fábrica ou da empresa, o conjunto de regulamentos e padrões normativos que organizam o cotidiano das relações do trabalho assalariado (relações de produção e relações na produção); códigos de fábrica, regulamentos das linhas de produção, códigos de conduta dos empregados, etc.” (SANTOS, 2000, p. 295)

<sup>488</sup> O espaço da produção é “o conjunto de relações sociais desenvolvidas em torno da produção de valores de troca econômicos e de processos de trabalho, de relações de produção em sentido amplo (entre os produtores directos e os que se apropriam de da mais-valia, e entre ambos e a natureza) e de relações *na* produção (entre trabalhadores e gestores, e entre os próprios trabalhadores).” (SANTOS, 2000, p. 278).

<sup>489</sup> “[é] o direito do espaço do mercado, os costumes do comércio, as regras e padrões normativos que regulam as trocas comerciais entre produtores, entre produtores e comerciantes, entre comerciantes, e também entre produtores e comerciantes, por um lado, e consumidores, por outro. Por ter sido o primeiro campo jurídico a romper com a juridicidade estatal medieval e a desenvolver-se autonomamente, esta forma de direito foi pioneira na emergência da juridicidade moderna. Na esteira desta tradição, a *lex mercatoria* está hoje bem florescente na economia mundial, regulando as trocas comerciais com grande autonomia relativamente aos Estados-nação.” (SANTOS, 2000, p. 298).

<sup>490</sup> O espaço do mercado é “o conjunto de relações sociais de distribuição e consumo de valores de troca através das quais se produz e reproduz a mercadorização das necessidades e dos meios de as satisfazer. (SANTOS, 2000, p. 278).

<sup>491</sup> “[É] uma das formas de direito mais complexas, na medida em que cobre situações extremamente diversas. Pode ser invocado tanto pelos grupos hegemônicos como pelos grupos oprimidos, pode legitimar e reforçar identidades imperiais agressivas ou, pelo contrário, identidades defensivas subalternas, pode surgir de assimetrias de poder fixas e irreconciliáveis ou, pelo contrário, regular campos sociais em que essas assimetrias quase não existem ou são meramente circunstanciais”. (SANTOS, 2000, p. 298-299).

<sup>492</sup> “É constituído pelas relações sociais desenvolvidas em torno da produção e da reprodução de territórios físicos e simbólicos e de identidades e identificações com referência a origens ou destinos comuns.” (SANTOS, 2000, p. 278).

<sup>493</sup> “[É] o direito do espaço da cidadania e, nas sociedades modernas, é o direito central na maioria das constelações de ordens jurídicas. (...) o direito estatal é auto-reflexivo: é, por outras palavras, a única forma de direito que ‘se vê a si mesma’ como direito. Por este motivo, a concepção de diferentes modos de produção de direito e de diferentes constelações de direitos que aqui tenho vindo a propor, embora seja, segundo creio, sociologicamente mais adequada e

Estas diferentes formas de direito operam, “nos campos sociais concretos, em constelações em conjunto com outras formas de direito.” (2000, p. 292). Estas constelações constroem-se, dinâmica e contingencialmente, em face da articulação de múltiplas redes de ordens jurídicas que operam mediante constantes transições e transpassamentos entre ordens jurídicas, concorrendo para a formação daquilo que ele denomina de *interlegalidade*.

Por fim, em relação à questão da possibilidade de conflito entre estas formas diferenciadas de regulação, para o sociólogo português, não é possível formular um mecanismo aprioristicamente definido para resolvê-los. A melhor forma para lidar com eles consistiria em articular as formas de direito aos seus respectivos espaços de poder, o que, por conseguinte, tornaria possível identificar as tensões subjacentes nestes espaços e municiar-se das bases epistemológicas que auxiliassem o desvelamento das expectativas formuladas através dos discursos jurídicos. Assim, pode-se imiscuir-se nos intrincados padrões de interação entre as diferentes formas de direito.

Em relação ao segundo grupo, *pluralismo institucionalizado*, foram reunidas abordagens muito díspares que têm em comum a preocupação em fixar parâmetros relacionados ao grau de institucionalidade das formas de expressão jurídica para que se opere a identificação (e, portanto, a diferenciação) do direito em relação a outras expressões de normatividade social. Estas perspectivas teóricas oscilam de um maior ou menor grau de vinculatividade ao Estado:

( $\alpha$ ) no âmbito da perspectiva *funcionalista* (teoria dos sistemas de matiz luhmanniana), é possível identificar autores como Gunther Teubner, Andreas Fischer-Lescano, Karl-Heniz Ladeur e Ralf Michaels, os quais reconhecem como traços distintivos dos sistemas jurídicos a possibilidade de operarem mediante uma racionalidade própria (código

---

politicamente mais progressista (...), pode parecer contrária ao senso comum, carregando, assim, um pesado ónus de prova.” (SANTOS, 2000, p. 279-300).

<sup>494</sup> “É o conjunto de relações sociais que constituem a ‘esfera pública’ e, em particular, as relações de produção da obrigação política vertical entre os cidadãos e o Estado.” (SANTOS, 2000, p. 278).

<sup>495</sup> “[É] a forma de direito do espaço mundial, o conjunto das regras e padrões normativos que organizam a hierarquia centro/periferia e as relações entre Estados-nação no sistem interestatal.” (SANTOS, 2000, p. 300).

<sup>496</sup> “É a soma total dos efeitos pertinentes internos das relações sociais por meio das quais se produz e reproduz uma divisão global do trabalho. (...) O espaço mundial é, por conseguinte, a matriz organizadora dos efeitos pertinentes das condições e das hierarquias mundiais sobre os espaços domésticos, da produção, do mercado, da comunidade e da cidadania de uma determinada sociedade”. (SANTOS, 2000, p. 278).

direito/não-direito) e a existência de um conjunto de regras secundárias capazes de produzir as bases de sua autoprodução (cf. sessão 4.2);

(β) no âmbito da perspectiva *institucionalista* é possível identificar autores como Neil MacCormick, Neil Walker, Paul S. Berman e Michel Rosenfeld, os quais, em que pese algumas divergências expressivas em relação às implicações deste pluralismo, exurgem preocupados com a compreensão do direito, ele próprio, como uma instituição social. De acordo com estes autores, a pluralidade de ordens jurídicas constrói-se mediante o entrelaçamento de discursos produzidos em diferentes espaços sociais, de forma tal que a “unidade” de cada ordem jurídica é definida em termos relacionais e se consolida na medida em que é capaz de produzir pontos de estabilidade das expectativas contrafáticas;

(γ) por fim, o pluralismo jurídico a partir de uma perspectiva *hermenêutica* constrói-se, em grande medida, com forte referencial no Estado e nas instituições políticas e judiciais dotadas de competência para decidir sobre o direito com base na autoridade (quer seja ela nacional, quer seja ela construída com base no modelo interestatal). Desta forma, porque a norma não se reduz ao texto normativo, mas resulta de uma atuação concreta de dação de sentido, esta postura hermenêutica multiplica as possibilidades de reconhecimento de outras fontes de normatividade não reduzidas às fontes oficiais. A ênfase na necessidade de redimensionamento na teoria das fontes é reforçada, e.g., por Josep Aguiló (2000); por outro lado, uma ênfase nos Tribunais como o espaço privilegiado para o entrecruzamento de perspectivas (e ordens) jurídicas diferentes é ressaltado por autores como Miguel Poiars Maduro (1998; 2003a) e Mattias Kumm (2005; 2009).

Afigura-se oportuno, por fim, trazer as reflexões feitas por Klaus Gunther (2008) em relação aos desafios centrais à teoria do direito suscitados pelo pluralismo jurídico, são eles: (i) a impossibilidade<sup>497</sup> de construção de um conceito uniforme sobre o direito, já que o sistema jurídico (antes lógica e hierarquicamente diferenciado) converte-se em uma pluralidade de regimes jurídicos; (ii) a perda da força persuasiva do ideal de completude do sistema (ideal este que repousa sobre a ideia de representatividade/delegação e de identificação entre os autores e destinatários da norma)<sup>498</sup>.

<sup>497</sup> Nas palavras do autor: “legal theory has to deal with many different normative systems” (GÜNTHER, 2008, p. 6)

<sup>498</sup> Nas palavras do autor: “Political legislation by general and coherently ordered legal norms and a legal adjudication based on the coherent interpretation of legal norms and precedents which all belong to one legal system seems to be more and more replaced by fragmented areas

De acordo com o autor, estes desafios exigem um redimensionamento estrutural da teoria geral do direito a fim de que ela substitua o seu modelo de referência fundado no ideal do Estado-nação (constituído a partir de um único legislador legítimo e de um sistema coerente de normas e precedentes), a fim de incorporar, em uma postura de complementariedade, as perspectivas suscitadas pelo pluralismo. (GÜNTHER, 2008, p. 16). Isto seria possível, prossegue o autor, através do reconhecimento de que “a partir de um ponto de vista interno<sup>499</sup>, os atores envolvidos nas várias e multiniveladas redes de interlegalidade ainda se comunicam tendo por base, ao menos hipoteticamente, um conceito uniforme de direito”<sup>500</sup> conceito este que se traduz em uma metalinguagem que contém conceitos e regras jurídicas básicas, como o “conceito de direitos e de procedimentos equânimes, e os conceitos de sanção e de competência”<sup>501</sup> (GÜNTHER, 2008, p. 16)

Sem pretender enfrentar com profundidade esta questão, propósito que excederia em muito os limites aqui propostos, a premissa que se infere a partir deste levantamento pode ser sintetizada nos seguintes termos: o direito, enquanto prática discursiva (re)produtora de expectativas em torno da regulação social, constrói-se em múltiplos *fora* e mediante graus de institucionalidade variados, razão pela qual afigura-se inaceitável o seu encastelamento (do direito) sob os auspícios do modelo de Estado-nação.

Isto decorre não somente das “exigências” do discurso racional, mas, sobretudo, em face do reconhecimento da multiplicidade de atores envolvidos, da diversidade de espaços produtores de direito (com linguagens próprias) e das exigências de legitimidade material que ampliam vertiginosamente o auditório concreto dos destinatários dos discursos institucionais produzidos acerca do direito.

---

of self-regulation, practised by norm giving actors who have empowered themselves and who enact norms with different degrees of generality and scope.” (GÜNTHER, 2008, p. 7)

<sup>499</sup> Fazendo referência à distinção de Hart entre ponto de vista interno e externo ao sistema jurídico, o autor propõe uma espécie de reconciliação (relação de complementariedade) entre o pluralismo jurídico e a teoria do direito. Isto é possível quando se percebe o potencial descritivo fornecido pelo pluralismo jurídico das múltiplas interações e negociações em torno de comandos jurídicos que postulam normatividade; e, por seu turno, na necessidade de tornar operativos os diferentes procedimentos (estatais ou não) para a tomada de decisões e para a salvaguarda, em especial, de terceiros afetados por estes processos decisórios.

<sup>500</sup> Tradução livre de: “From an internal point of view actors in the various and multi-levelled networks of interlegality still communicate with one another by referring to a, at least hypothetically, uniform concept of law.”

<sup>501</sup> Tradução livre de: “Such a uniform concept can be spelled out in terms of a legal meta-language which contains basic legal concepts and rules, like the concept of rights and of fair procedures, and the concepts of sanction and competence.”

É neste sentido que se assume, neste trabalho, que ante o ideal regulador de unidade sistêmica do direito centrado no Estado (*state-centredness*), sem abrir mão do atributo regulador da noção de unidade, o constitucionalismo responde como uma proposta de *unitas multiplex*, ou seja, de uma unidade na multiplicidade/diversidade. Desta forma, a constituição assume-se como um ponto de convergência de uma pluralidade de discursos sobre a própria constituição<sup>502</sup>.

#### **5.2.4. Do princípio da hierarquização normativa à ideia-força de heterarquia**

Uma das respostas suscitadas por este processo de transição consiste na substituição da pretensão de ordenação hierárquica (uma das dimensões estruturantes do modelo de estado territorial soberano) pela necessidade de acomodação de diferentes regimes jurídicos multinivelados e segmentados (concorrentes ou não). Neste sentido, tem sido recorrente referir-se a esta “nova” forma de estruturação como “heterarquia”.

Tal qual ocorre com a ideia de pluralismo jurídico, entre os autores que se ocupam da temática há um relativo consenso em torno da negação da pretensão hierárquica (não-hierarquia) veiculada pela ideia-força de heterarquia. Contudo, para além deste ponto de partida, muitos são os parâmetros apresentados para a construção das bases desta noção de ordenação heterárquica, os quais variam de acordo com os sistemas jurídicos entremeados e com o grau de autonomia (e não-interferência) que se lhes reconhece.

A ideia de “heterarquia” tem sido utilizada em múltiplos sentidos pela literatura. Ino Augsberg (2009) identifica três diferentes usos: (i) empírico; (ii) sociológico, e (iii) epistemológico.

De acordo com o primeiro uso, *o empírico*, a expressão heterarquia é utilizada para descrever formas de organização política

---

<sup>502</sup> De certa forma, é este o sentido empregado por Gustavo Zagrebelsky quando defende a insurgência de uma concepção de soberania centrada na constituição, por meio da qual, a constituição converter-se-ia em um ponto de chegada, em uma pluralidade de valores constituídos para onde devem convergir (e entrecruzar-se) os diferentes discursos sobre a constituição. De acordo com o autor, “Para darse cuenta de esta transformación, ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir.” (ZAGREBELSKY, 1995, p. 32).

não-estruturadas hierarquicamente; sua principal preocupação consiste em diferenciar esta “nova” estrutura de ordenação daquelas tradicionalmente associadas aos Estados-nação, ou ainda, ressaltar a existência de diversos parâmetros e formas de interação não-hierárquicas entre os níveis de regulação inter-relacionados.

Como exemplos concretos de estruturas de ordenação não-hierárquica baseadas em constatações empíricas, podem ser listadas as seguintes referências à heterarquia: ( $\alpha$ ) como uma característica das relações entre as instituições internacionais cuja atuação não é coordenada a partir de uma “divisão horizontal de competências” (TSAGOURIAS, 2007b, p. 90); ( $\beta$ ) como uma característica da estruturação dos mecanismos de governança global, tendo em vista a preservação dos processos de autodeterminação das unidades do sistema (SKORDAS, 2007, p. 208); ( $\gamma$ ) como uma constatação da existência de processos de “justaposição de um número de sistemas jurídicos estruturalmente fechados, cada qual orientado a aplicar suas próprias lógicas internas, que não podem ser articulados a partir de um único ponto de imputação” (TEUBNER; KORTH, 2009, p. 5); ( $\delta$ ) como uma característica das ordens constitucionais que não dispõem de regras bem definidas em relação à alocação da autoridade final entre os diferentes órgãos constitucionais sobre questões sensíveis (HALLBERSTAM, 2009, p. 328); ( $\epsilon$ ) como uma decorrência da multiplicidade de redes de ordens jurídicas (interlegalidade) (SANTOS, 2000).

De acordo com o segundo uso, o *sociológico*, a ordenação heterárquica representa a única forma possível de compreender as relações sociais em face do processo acelerado de transformação das sociedades contemporâneas (e do correlato problema da complexidade). Desta feita, a forma de estruturação heterárquica (em contraposição às estruturas hierárquicas) traduz-se em modelos teóricos a partir dos quais são produzidos elementos conceituais que fornecem instrumental adequado à compreensão tanto dos processos de inter-relação, quanto dos processos de colisão entre sistemas; estes últimos, articulados de maneira dinâmica e flexível.

É neste sentido que podem ser identificadas as propostas: ( $\alpha$ ) de compreensão dos conjuntos de normas que atuam em espaços transnacionais (*in-between*) a partir da ideia de constitucionalização da interlegalidade (AMSTUTZ, 2005); ( $\beta$ ) de compreensão das interações entre ordens jurídicas, a partir do processo de formação de constelações de formas de direito distintas (SOUSA, 2000); ( $\gamma$ ) de compreensão e de mapeamento dos padrões de mudança das inter-relações jurídicas, a partir de um modelo de redes (LADEUR, 1999); ( $\delta$ ) de compreensão da

relação entre as ordens domésticas e internacional (incluídas as instâncias não-estatais de produção de normatividade) (VON BOGDANDY, 2008); (ε) de formulação de um modelo adequado para descrever os processos de interação e de colisão entre regimes jurídicos autônomos (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004a) e “constitucionalizados” (TEUBNER, 2004).

Por fim, de acordo com o terceiro uso, (iii) *epistemológico*, a compreensão de formas heterárquicas de relação resulta da necessidade de uma mudança mais profunda nas condições de possibilidade de produção do próprio conhecimento. A necessidade de superação da racionalidade moderna se impõe como uma resposta aos desafios suscitados pelos diferentes paradoxos contemporâneos. Assim, o modelo teórico de conexão de unidade causal como forma de explicação racional dos fenômenos observáveis deve ceder lugar a formulações epistemológicas aptas a lidar simultaneamente com a multiplicidade de perspectivas e com a incerteza como elementos constitutivos da realidade.

Em estreita consonância com esta perspectiva, a ideia de heterarquia impõe-se como alternativa epistemológica de compreensão da forma de organização do político e do direito. Neste sentido, a ideia de heterarquia pode ser compreendida: (α) de acordo com a *teoria dos sistemas*, como uma forma de ordenação resultante de processos de deshierarquização da forma de compreender as organizações sociais; esta nova forma de ordenação permite aos sistemas jurídico e político a multiplicação das observações do seu entorno e, por conseguinte, o enfeixamento de múltiplos fenômenos sociais que não seriam capazes de ser apreendidos a partir de explicações causais monodirecionais<sup>503</sup>; trata-se de inserir o sistema jurídico em meio à complexidade da vida que o circunscreve (TEUBNER, 2009); (β) como a lógica que dirige a teoria da estruturação social<sup>504</sup>, desenvolvida por Kyriakos Kontopoulos (1993, p. 209-267), para quem a lógica heterárquica permite a criação de uma matriz conceitual apta não somente a descrever os diferentes tipos

---

<sup>503</sup> Desta forma, os “diferentes nós da rede são capazes de observar os desenvolvimentos diferentes do em torno e, ao mesmo tempo, comunicar internamente os resultados destas observações e concretizar os diferentes passos nos processos de tomada de decisão” (TEUBNER, 2009, p. 396).

<sup>504</sup> De acordo com o autor, “The major problem that any satisfactory heterarchical theory of social structure has to resolve - and what a crucial problem it is! - is the discovery, elaboration, and classification of all the logics involved in these processes of more complex, intersected structurations.” (KONTOPOULOS, 1993, p. 238)

de estrutura e níveis estruturais, mas igualmente em fornecer parâmetros para o enfeixamento de relações estabelecidas não somente no mesmo nível de ordenação, mas, sobretudo, entre estruturas institucionais situadas em níveis diferentes<sup>505</sup>; ( $\gamma$ ) como indissociavelmente ligada à noção de *sociedade em rede* formulada, entre outros, por Manuel Castells (2003), para quem a negação de relações estruturadas hierarquicamente representa o ponto de partida para o desenvolvimento de relações sociais articuladas a partir de noções como *nós* e *enlaces*, já que sua estrutura aberta é capaz de se expandir de maneira ilimitada a partir da integração de novos nós, desde que compartilhem os mesmos códigos de comunicação; trasmudadas estas ideias para o campo da regulação, a ideia de heterarquia afigura-se como a única forma de articular as relações que se processam simultaneamente tanto no âmbito das comunidades políticas estatais, quanto em outras comunidades não estruturadas a partir de fronteiras e de identidades claramente definidas.

Mas, enfim, em relação à temática enfrentada neste trabalho, *quais as são as implicações da ideia de heterarquia?*

Em linhas gerais, como se pôde inferir da descrição dos usos da expressão, a noção de heterarquia traduz-se na existência de uma diversidade de interesses, atores e recursos, sem que exista entre eles o estabelecimento, *ex ante*, de relações de relevância ou de proeminência em favor de um ou de outro. Isto não significa dizer que as relações estabelecidas entre os atores distintos são rigorosamente simétricas, mas tão somente que nenhum deles é capaz de alcançar, sozinho, seus objetivos; decorre daí a relação de recíproca dependência entre os atores.

Em termos mais rigorosos, as noções de ordenação heterárquica e ordenação hierárquica podem ser definidas estruturalmente, da seguinte forma:

**hierarquia:** um tipo de estrutura constituída por meio da sobre-imposição de limitações (*constraints*) na forma de sobreposição de camadas; esta relação de sobre-imposição implica processos de subsunção dos níveis mais baixos aos níveis mais elevados; este tipo de estrutura

---

<sup>505</sup> “We need now to make plain the difference between a control hierarchical view of structural constraints (prioritizing the "top-down" influence of macrostructures on individual choice) and their heterarchical view (questioning any strong influence either way). This difference is due to the interlevel exchanges and multiple influences, since any focal level is a field in which many forces - from above, from below, focal-internal - operate simultaneously, giving the level its particular semiautonomy.” (KONTOPOULOS, 1993, p. 233)

respousa sobre uma noção forte de limitação e de fechamento.<sup>506</sup> (KONTOPOULOS, 1993, p. 382)

**heterarquia:** um tipo de estrutura constituída por intermédio de processos de ordenação parcial das relações sociais, envolvendo, sobretudo, complexos padrões de interação multinivelados; tais interações envolvem conexões multifacetadas que perpassam níveis distintos (sejam eles níveis adjacentes ou não); em suma, um tipo de estrutura parcialmente ordenada emersa em uma complexidade relacional galopante.<sup>507</sup> (KONTOPOULOS, 1993, p. 381)

Contraopondo estes dois modelos de ordenação, considerados como tipos-ideais<sup>508</sup>, Tamara Kovziridz (2009) elenca sete traços distintivos entre estas formas de ordenação sintetizadas na tabela a seguir:

---

<sup>506</sup> Tradução livre, com adaptações, de: “a level structure formed by the superimposition of constraints in an additive or multiplicative way; it implies processes of supersession of lower levels by novel higher levels; it rests on a relatively strong notion of constraint and of closure”.

<sup>507</sup> Tradução livre, com adaptações, de: “a level structure formed by a process of partial ordering; especially, if it involves complex multilevel interactions (not only across adjacent levels); a structure involving at least several-to-several connections between adjacent levels and, potentially, projections of such connections to other nonadjacent levels; in brief, a partially ordered level structure implicating a rampant interactional complexity”.

<sup>508</sup> A partir destes traços modelos distintos, a autora propõe a construção de quatro tipos-ideais a partir dos quais seria possível analisar diferentes formas de organização política, tomando como ponto de partida a forma como as relações se processam entre os diferentes níveis decisórios e organizações. Estes tipos são propostos em graus que seriam assim dispostos: (i) alto grau de hierarquia; (ii) baixo grau de hierarquia; (iii) baixo grau de heterarquia; (iv) alto grau de heterarquia. Nas palavras da autora: “The advantage of this differentiated concept consisting of four ideal types is its higher degree of precision compared to the differentiation between the two ideal types only – hierarchy and interdependence. To examine situations and structures of political reality by applying these four ideal types to them will make it possible to give more precise descriptions of reality.” (KOVZIRIDZ, 2009, p. 49)

Tabela 6: Distinções entre as ordenações hierárquica e heterárquica

	<b>Hierarquia</b>	<b>Heterarquia</b> <sup>509</sup>
Tipos de dependência	Dependência unilateral	Dependência recíproca
Canais de comunicação	Comunicações (unilaterais ou bilaterais) estruturadas verticalmente ( <i>top-down</i> e <i>bottom-up</i> ), entre os níveis	Coexistência de comunicações unilaterais, verticais e multilaterais entre os níveis.
Direção das relações entre os níveis	Estrutura piramidal. Relações verticais.	Estrutura não-piramidal. Relações tanto verticais quanto horizontais.
Tipos de coordenação	De cima para baixo.	Vários tipos de coordenação possíveis.
Distribuição de poderes e competências	Altamente assimétrico. Concentração de poderes nos níveis superiores.	Diferentes graus de simetria e assimetria.
Grau de flexibilidade	Uma vez estabelecido, relativamente estático e rígido.	Flexível e mais facilmente adaptável no tempo
Tipos de estrutura e de ligação	Estruturada em vários níveis, todavia, os níveis inferiores se encontram englobados ( <i>nested</i> ) pelos superiores.	Estruturada através de várias entidades que são ligadas umas às outras (e não abrangidas umas pelas outras).

**Fonte:** Tamara Kovziridz (2009, p. 48, *adaptado*)

Por fim, considerando os propósitos desta seção (relacionados à compreensão dos discursos de ressignificação do constitucionalismo), é importante fazer uma última distinção, qual seja: a diferença de perspectiva que existe entre a ideia de heterarquia suscitada em meio às relações em escala global e a ideia de heterarquia como forma de compreensão da ordenação intra-estatal.

Em relação aos cenários de regulação que transcendem as fronteiras territoriais do Estado, mesmo considerando o cenário tradicional das relações interestatais, as relações entre os atores estatais (e não-estatais) sempre foi concebida em termos não-hierárquicos

<sup>509</sup> A autora utiliza a terminologia “Interdependência”. A fim de guardar congruência com a proposta desta subseção e considerando a aproximação entre a definição de interdependência e de heterarquia apresentados pela autora, optou-se por adaptar a expressão para “heterarquia”.

(costuma-se referir à natureza contratual<sup>510</sup> do moderno sistema de Estados). Neste contexto, a mera possibilidade de se conceber estruturas de governança global só pode ser postulada se se adotarem modelos não-hierarquizados de inter-relações<sup>511</sup>. Estas estruturas, portanto, são concebidas como redes desprovidas de um centro de imputação de autoridade e são descritas por Jochen von Bernstorff (2004, p. 258) nos seguintes termos:

O conceito de rede, em geral, relaciona-se às relações heterárquicas entre atores múltiplos. A unidade dessas relações é conceitualizada como rede e, por sua vez, redes são caracterizadas por acomplamentos não-hierárquicos e relativamente fracos entre seus elementos constitutivos (nós ou enlacs). Ao mesmo tempo, todavia, uma rede, como um todo, depende desses nós. Por conseguinte, cada nó afigura-se como interdependente em relação aos demais nós da rede. Em razão desta concepção não-centralizada, a autoridade é conceitualizada como sendo compartilhada ao longo da rede.<sup>512</sup>

Desta forma, compreender estas relações em termos heterárquicos implica reconhecer, de um lado, um movimento de expansão

---

<sup>510</sup> Armin von Bogdandy, Philipp Dann e Matthias Goldmann (2009) defendem a necessidade de que sejam desenvolvidas as bases para a publicidade no âmbito do direito internacional público. De acordo com os autores, em face da insurgência de inúmeros espaços de autoridade pública que se impõem unilateralmente aos Estados e às comunidades domésticas, concorrem para o desenvolvimento de princípios gerais que atuem na condição de metaprincípios de regulação do chamado direito administrativo global (princípios de governança global).

<sup>511</sup> Em sentido similar, reproduz-se aqui a pertinente descrição feita por Volker Rittberger (2008, p. 16): “The concept of heterarchy is meant to describe the existence of an increasingly dense network of institutions of global governance, created and maintained by public and private actors, and aimed at the rules-based collective management of transovereign problems through horizontal policy coordination and cooperation where different groups of actors (states, intergovernmental organizations, civil society organizations, transnational corporations/private sector actors) are sensitive to each other’s values and interests and dependent on one another to achieve collective goals. The peculiarities of a heterarchical world order consist, inter alia, in the horizontal generation and implementation of norms and rules – which is not bound to a vertical, top-down policy process.”

<sup>512</sup> Tradução livre de: “The network concept in general focuses on heterarchical relationships between multiple actors. The unity of these relationships is conceptualised as a network, and networks are characterised by a non-hierarchical and relatively loose coupling (nodes) of their constituent elements. At the same time, however, a network, as a whole, depends on these nodes. Thus, every node is interdependent of the other nodes of the network. From this a-centric conception, it follows that authority is conceptualised as being shared along the network.”

(quantitativa e qualitativa) da densidade normativa nestes espaços de regulação (transnacionais e interestatais), de outro lado, a necessidade de lidar com a insurgência de padrões normativos que tornam as redes e os espaços de atuação dos atores internacionais bem mais “viscosos” que outrora (ZACHER, 2000).

A questão mais sensível, e que interessa mais de perto a este trabalho, consiste na discussão sobre a possibilidade de se compreender a ordenação intra-estatal em termos heterárquicos. Em relação a este nível de análise, contudo, há ainda menos acordo sobre o significado e o alcance desta expressão.

No espaço europeu, por conta da densidade das normas comunitárias e da atuação ativa de suas cortes regionais (Tribunal de Justiça Europeu e Corte Europeia de Direitos Humanos), ao se referir à organização heterárquica (ou ao pluralismo constitucional), se está a refletir sobre uma espécie de construção de um espaço de cooperação regional em que o direito europeu representa, pelo menos, um espaço de articulação entre o direito internacional e os espaços de regulação nacionais. Desta feita, a ordem jurídica europeia se impõe (não sem contestações) desde fora às autoridades nacionais, as quais, por conseguinte, veem limitadas sua capacidade decisória.

Neste âmbito, inúmeras competências, até então indissociáveis da ideia de soberania, são expressamente transferidas para as instituições comunitárias; e, com isso, inexoravelmente ocorre um enfraquecimento das instituições nacionais. No entanto, estes mecanismos de “transferência” de competências não se caracterizam por jogos de soma zero (*zero sum game*), uma vez que a atuação comunitária depende do desenvolvimento de inúmeros (e estreitos) mecanismos de cooperação e de coordenação das atividades domésticas a serem empreendidas pelas instituições nacionais.

Desta forma, diferentemente do que pode parecer à primeira vista, conceber a ordenação constitucional doméstica em termos heterárquicos não significa afirmar o “enfraquecimento” das instituições nacionais e a “perda” da capacidade de decidir em última instância as questões constitucionais relevantes para determinada comunidade política; mas importa em uma espécie de compartilhamento da autoridade decisória. De outro modo, significa afirmar que, em que pese o processo de integração supranacional, os Estados não são simplesmente incorporados em uma nova estrutura profederativa.

Ao mesmo tempo em que as instâncias nacionais são compelidas a “considerar” elementos normativos que ultrapassam as fronteiras territoriais nacionais, estas mesmas instâncias afirmam-se como

importantes atores com atuação transnacional, já que suas decisões também impactam e “devem” ser consideradas em outros *fora* externos. Esta “nova” dinâmica pretende ser apreendida, *e.g.*, por conceitos como o de “interconstitucionalidade” (CANOTILHO, 2008), de “conexão causal” mediante “jurisprudência constitucional cooperativa” (ZAGREBELSKY, 2008), ou ainda, de “estado constitucional cooperativo” (HÄBERLE, 2007).

Todavia, reconhecer a ordenação constitucional como uma estrutura heterárquica implica ir além da inter-relação entre as instâncias nacionais e comunitárias; implica, também, em ressignificar diversas dimensões tradicionalmente confiadas à autoridade constitucional.

O esgotamento da ideia de estrutura hierarquizada para descrever as relações intraestatais vem sendo percebido em diferentes análises. Alguns desses esforços podem ser aqui rapidamente sumarizados: (i) análise sobre a existência recorrente nos sistemas constitucionais de situações em que não há clara definição sobre o papel institucional a ser desempenhado pelos órgãos constitucionais, situações estas que, em momentos de profundo desacordo na sociedade, fazem nascer tanto crises institucionais, quanto impulsos para a reinvenção constitucional (ou seja, a coexistência de concorrência entre órgãos constitucionais não é um problema em si) (HALBERSTAM, 2009); (ii) análise sobre a impossibilidade de compreender as relações federativas em termos estritamente hierárquicos considerando tanto a existência de espaços de autonomia constitucionalmente conferidos às unidades territoriais, quanto sobre a necessidade concreta de acomodação de tensões a partir de diferentes mecanismos de pressão de baixo para cima (*bottom-up*) (KONTOPOULOS, 1993); (iii) análise sobre a artificialidade da ideia de hierarquia constitucional, considerando o caráter sempre criativo e transformador das concretizações constitucionais (GÜNTHER, 2008) e a abertura constitucional às forças atualizadoras da esfera pública (HÄBERLE, 1997a), razão pela qual a constituição resulta do entrecruzamento de inúmeros discursos concorrentes sobre a constituição com pretensão de afirmar-se frente aos demais (ROSENFELD, 2010).

Cada um dos elementos antes apresentados representa uma importante dimensão que desafia a ideia de hierarquização modernamente associada ao Estado e aos ordenamentos jurídicos unificados pela constituição nacional. Todavia, quando se reconhece aqui que a ordenação doméstica deve ser compreendida como uma ordenação heterárquica, defende-se a necessidade de uma mudança mais radical na forma de ordenação desenhada pela constituição, que implica

(...) na emergência de outra ordem que opera mediante colisões de normas em meio a um direito plural em processo de sedimentação; e que altera o papel do Estado e do direito (intra)estatal de forma a conjugar sua predisposição para a observação dos interesses extra-estatais com a possibilidade de expansão da validade e eficácia de suas ordenações para além de suas próprias fronteiras<sup>513</sup> (LADEUR, 2010, p. 23).

Nestes termos, retomando os elementos apresentados no quadro-síntese (Tabela 5, p. 302): (i) a ordenação hierárquica pressupõe a existência de um único ponto de imputação de validade enquanto a ordenação heterárquica assenta-se sobre a existência de diferentes regimes jurídicos multinivelados cujos conflitos (entre normas e entre autoridades decisórias) dependem, muitas vezes, de cooperação e de reconhecimento mútuo; e (ii) o problema acerca do intérprete último (decisão soberana) acaba sendo substituído, em certo sentido, por uma ideia de compartilhamento de autoridades.

### **5.2.5. Da coerência intrassistemática à exigência de compatibilização: em busca de novos parâmetros para a supraordenação em estruturas heterárquicas**

Uma vez mais o problema dos conflitos normativos intersistêmicos vem à tona, isto ocorre como consequência direta deste rearranjo institucional resultante do transpassamento de ordens parciais segmentadas e multiniveladas e pela subversão da sistemática de ordenação hierárquica no interior dos Estados nacionais. Neste contexto, os ideais de completude e de coerência intrassistemática cedem lugar a novos desafios de compatibilização entre as ordens jurídicas colidentes, como consequência direta das pressões experimentadas pela constituição nacional (e sua capacidade concreta de ordenação) provindas tanto de fora quanto do interior do espaço territorial nacional.

As sessões anteriores possibilitaram duas constatações desconcertantes: as ordens jurídicas encontram-se inexoravelmente

---

<sup>513</sup> This does not entail the dissolution of a legal order based on unity and hierarchy but the emergence of another that operates with collisions laws in settling plural law, one which alters the role of the state and „intra-statal“ law in that it marries a permeability for the observation of ‘extra-statal’ interests with the expansion of its external validity and efficacy. (2010, p. 23).

entremeadas e a constituição não é mais capaz de operar como fonte de demarcação dos limites jurídicos do direito nacional.

Considerando o caráter normativo dos discursos constitucionais e a característica do constitucionalismo de se reinventar ante os novos problemas, múltiplas são as reações que pretendem tanto conferir parâmetros para o enfrentamento desse choque intersistêmico (metacritérios de autoridade) quanto conceber mecanismos institucionais para evitá-los (ou neutralizá-los discursivamente). Passa-se a enfrentar, sumariamente, cada uma destas questões.

Esta busca exige que se enfrente a questão difícil relacionada à possibilidade de que se estabeleçam metarregras capazes de, ao mesmo tempo, tanto afirmarem-se autoritativamente quanto servirem como pontos de partida para alguma forma de ordenação global deste quadro multifacetado. A diluição das fronteiras jurídicas da constituição exige, pois, a compreensão da forma como contemporaneamente é postulada a regulação dos espaços globais. Isto é assim porque é justamente frente a estas pretensões de normatividade que os discursos constitucionais institucionalmente proferidos nos confins do espaço territorial irão reagir e rearticular-se.

A seguir, será feito um breve inventário sobre estas perspectivas valendo-se, em grande medida, da proposta classificatória formulada por Nico Krisch (2009)<sup>514</sup>, estruturada a partir de dois elementos: o

---

<sup>514</sup>Esta abordagem será conjugada, neste trabalho, à preocupação formulada por Neil Walker (2008a) de identificar os metaprincípios invocados com pretensão de ordenação dos espaços transnacionais multifacetados.

Ao fazer um amplo inventário entre os autores das relações internacionais e do direito (internacional e teoria do direito), o jurista escocês identificou sete tipos diferentes de metacritérios (modelos) utilizados pela doutrina com a pretensão de compreender os mecanismos de interação entre os níveis normativos insurgentes, a saber: (i) soberanista-estatal; (ii) piramidal (hierarquia global); (iii) unipolar (hegemonia de uma grande potência); (iv) regional (multipolarização regionalizada); (v) coerentista (reconstrução baseada no ideal de integridade); (vi) supremacia discursiva de determinado campo jurídico (e.g. revitalização do ideal de *jus gentium*); e (vii) pluralista.

Estes diferentes modelos teóricos para compreender a forma de articulação da autoridade nos espaços transnacionais foram ainda articulados pelo referido autor em três grandes grupos: (α) *(neo)realistas* que reuniria os modelos (i) soberanista-estatal e (vii) pluralista, ambos baseados em pretensões mais descritivas do que normativas e que se afiguram radicalmente céticos em relação à possibilidade (desejabilidade) de articulação normativa e coerente entre tais esferas distintas; (β) *autoridade hierarquizada* que reuniria os modelos (ii) piramidal, (iii) unipolar e (iv) regional, pois o elemento que identifica estas três abordagens é a pretensão de estruturação hierárquica das diferentes autoridades, independentemente do fundamento de legitimidade da autoridade invocada; e, (γ) *autoridade horizontalmente disposta* que reuniria os modelos (v) coerentista e (vi) discursivo, pois, de acordo com estes modelos, seria possível uma espécie de ordenação entre as esferas distintas, todavia, esta ordenação derivaria de critérios de legitimidade material dos discursos regulatórios que se construiriam, com base na insurgência

reconhecimento (ou não) da existência de elemento comum de ligação entre os sistemas (*common framework*) e a forma de articulação entre os sistemas (ordenação hierárquica ou heterárquica).

De acordo com Nico Krisch (2009), as principais abordagens pós-nacionais ao fenômeno da ordenação podem ser divididas em perspectivas constitucionalistas e pluralistas. Enquanto os *constitucionalistas* geralmente defendem a existência de princípios substantivos compartilhados entre os diferentes âmbitos de ordenação e sua articulação através de relações de supraordenação *top-down* (reconhecimento de alguma forma de constitucionalização do direito internacional), os *pluralistas* “preferem ver o mundo pós-nacional como caracterizado pela heterarquia, por uma interação de diferentes subordens que não estão sujeitas ao mesmo padrão de regras jurídicas, mas dotadas de formas mais abertas e políticas”<sup>515</sup> (KRISCH, 2009, p. 2).

Por sua vez, em relação ao último grupo (perspectivas pluralistas), apesar de compartilharem entre si uma atitude de negação de qualquer princípio de organização hierarquicamente estruturado, dissentem em relação à existência de algum quadro comum de referência (*common framework*), podendo ser divididos em: *institucionalistas* e *sistêmicos*.

Os primeiros (*pluralistas institucionalistas*) tendem a admitir a existência de algum mecanismo institucional de articulação entre os regimes diferenciados, ou ainda, a possibilidade de articulação substantiva dos discursos entre os atores envolvidos (KRISCH, 2009, p. 17). Desta forma, esta variação institucionalista do pluralismo apresenta-se muito mais como uma continuação da proposta constitucionalista do que, propriamente, como uma alternativa àquele modelo. (KRISCH, 2009, p. 18).

Por outro lado, os segundos (*pluralistas sistêmicos*<sup>516</sup>) afiguram-se céticos em relação a qualquer pretensão de ordenação que se

de uma espécie de comunidade de valores compartilhadas (modelo coerentista), ou ainda por conta da difusão de práticas discursivas de determinados setores que operariam como espécie de mecanismo de legitimação substantiva.

Ao comparar este esforço classificatório ao de Nico Krisch (2009) é possível, grosso modo, fazer a seguinte analogia: *constitucionalistas* ↔ *autoridade hierarquizada*; *pluralistas institucionalistas* ↔ *autoridade horizontalmente disposta*; *pluralistas sistêmicos* ↔ *neorealistas*.

<sup>515</sup> Tradução livre de: “prefer to see the postnational realm as characterised by heterarchy, by an interaction of different sub-orders that is not subject to common legal rules but takes a more open, political form.”

<sup>516</sup> A expressão foi cunhada por Neil MacCormick (1993)

assemelhe à transplantação de resquícios de modelos organizativos centrados no Estado para o âmbito de regulação global (KRISCH, 2009, p. 17). Estes teóricos se coassociam em torno de uma espécie de gerência descentralizada da diversidade, razão pela qual, apesar das incertezas suscitadas em face das colisões cada vez mais frequentes, apresentam vantagens inegáveis que não podem ser, de plano, desprezadas. De acordo com suas características suscitadas por Nico Krisch (2009, 19-28), estas perspectivas conferem maior capacidade de adaptação, permitem mais espaço para contestação e, ainda, fornecem mecanismos dinâmicos de *check and balances*.

Apesar das diferenças qualitativas sumarizadas, as propostas teóricas formuladas comportam nuances em face dos quais fica difícil um adequado enquadramento classificatório.

Ante esta dificuldade, é possível articular estes modelos em uma espécie de feixe que gravita em torno de dois extremos configurados pelas versões *fortes* da perspectiva constitucionalista e do pluralismo sistêmico, como se pode observar na figura a seguir:

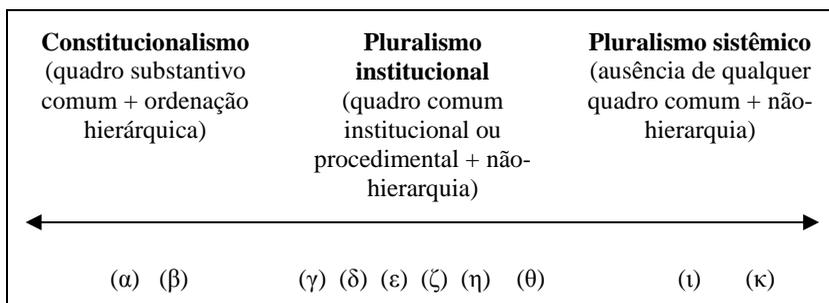


Figura 5: Escala de transição entre perspectivas constitucionalista e pluralista

**Fonte:** Baseado em Krisch (2009)

A fim de melhor ilustrar esta multiplicidade de perspectivas, serão aqui brevemente sumarizadas algumas das propostas teóricas reunidas sob a rubrica do *constitucionalismo* e dos *pluralismos institucional e sistêmico*. Para tanto, as mesmas foram agrupadas a partir da ênfase atribuída ao elemento de articulação entre as ordens jurídicas (seja ele substantivo ou institucional) e foram apresentadas a partir de sua localização no feixe de transição representado através da *Tabela 2* (acima).

(γ) *Ênfase em regras de direito internacional geral*

Tais propostas são concebidas como recurso para, em última instância, articular ordens/jurisdições em rota de colisão, a partir de “normas de coordenação” (MACCORMICK, 1999). Diferentemente daquelas propostas que conferem uma precedência pré-estabelecida em favor do direito internacional (perspectiva constitucionalista) não há que se falar em relação hierárquica, quer seja em face da dimensão política inerente a todo processo de (re)construção de determinado conflito (KOSKENNIEMI, 2006), quer seja em face da aplicação de técnicas de prevenção de conflitos que devem orientar os atores internacionais (PAUWELYN, 2004).

De acordo com estes autores, o direito internacional provê, ao menos, cláusulas gerais que operam como condições de validade de todo o sistema jurídico (MACCORMICK, 1999), os quais, por conta do princípio da interpretação sistemática (KOSKENNIEMI, 2006), permitem o recurso argumentativo a um “sistema” internacional dotado de algum grau de consistência, que exige esforços contínuos de compatibilização e adaptação discursiva (PAUWELYN, 2004).

(δ) *Ênfase na identificação de valores compartilhados (de índole constitucional)*

Tais propostas se consubstanciam a partir da identificação/reconhecimento de princípios substantivos capazes de construir uma “ordem global minimamente coerente” (LACHMAYER, 2007) e de conferirem sentido à prática jurídica, limitando-a, em meio a uma autêntica “virada cosmopolita” (KUMM, 1999; 2006; 2009). Esta perspectiva, por sua vez, se diferencia das propostas de índole constitucionalista por defenderem que tais “princípios” de ordenação devem ser reconstruídos a partir de uma perspectiva de baixo para cima (*bottom-up*), mediante a construção de “arquétipos constitucionais” (HÄBERLE, 1998); ou ainda de “valores transnacionais” (CALLIESS, 2007). Esta perspectiva se assemelha ao modelo coerentista moderado<sup>517</sup>, o qual, de acordo com Mattias Kumm (2009, p. 290), deve estruturar-se a partir da interação de quatro *princípios-chave*: legalidade internacional formal; subsidiariedade, participação adequada e responsabilização política (*accountability*); e, resultados razoáveis e salvaguarda de direitos.

---

<sup>517</sup> Cf. comentários feitos na nota de rodapé n. 514.

(ε) *Ênfase na transplantação de mecanismos de colisão de direitos ao espaço transnacional*

Apesar de tais propostas convergirem em torno do recurso analógico à regra da proporcionalidade (SWEET; MATHEWS, 2008) ou à ponderação de bens (*balancing test*) (VAN AAKEN, 2009; PETERS, 2006), há uma grande disparidade de perspectivas teóricas assumidas pelos autores: Alec Stone Sweet reconhece que esta expansão reflete, a um só tempo, tanto uma expansão do papel desempenhado pelos órgãos judiciários neste cenário (SWEET; MATTHEWS, 2008), a exemplo do que ocorre nos espaços domésticos (SWEET, 2000), quanto um processo de constitucionalização das estruturas pluralistas do espaço global (2009); Anne van Aaken (2009), por sua vez, vê no recurso a esta técnica interpretativa uma estratégia para (re)construir a desfragmentação do direito internacional; e, por fim, Anne Peters (2006; 2007; 2009) defende o recurso a esta estratégia metodológica<sup>518</sup> como uma das formas de compensar os processos de desconstitucionalização levado a efeito no plano doméstico, já que a transferência desta exigência para o âmbito do direito internacional recoloca a questão da legitimidade material dos seus resultados.

(ζ) *Ênfase no equilíbrio interinstitucional*

Este equilíbrio perfaz-se através da “acomodação mútua entre os diferentes atores” (HALBERSTAM, 2009), que à evidência se reflete na defesa de “diálogo, discurso e conversação entre cortes” (MAYER, 2006) e no reconhecimento de problemas transnacionais a serem resolvidos simultaneamente em múltiplos *fora* (NEVES, 2009). Estas propostas pressupõem a articulação de um conjunto de instituições políticas (sejam judiciais, sejam administrativas) e de inúmeros atores (estatais e não-estatais) nestes processos multifacetados. Esta articulação, sem eliminar as tensões constitutivas, permite a construção de processos de harmonização e de acomodação recíproca entre os

---

<sup>518</sup> Em outro trabalho, Anne Peters (2007) autora amplia o leque de estratégias discursivas, passando a pretender articula a relação entre o direito doméstico (constitucional) e o direito internacional a partir das técnicas de interpretação consistente e de esforços em conferir precedência à norma capaz de conferir maior grau de legitimidade material (a exemplo do que ocorre com à máxima do princípio *pro homine* no âmbito dos direito internacional dos direitos humanos).

atores, sem que com isso seja essencialmente comprometida a estrutura geral de regulação.

É possível reunir um número vasto e diversificado de propostas neste grupo como, *e.g.*, a “heterarquia constitucional” de Daniel Halberstam (2009); a defesa do “envolvimento e comunicação institucional” formulada por Jan Komárek (2010); a sistemática de “acoplamento entre ordens”, complementada pela defesa de uma perspectiva de estatalidade de Armin von Bogdandy (2008; 2009); ou ainda, a formação de uma espécie de “corte constitucional *virtual* europeia”<sup>519</sup> suscitada por Franz Mayer (2006). Com grande repercussão para o debate do pluralismo constitucional no espaço europeu, Miguel Poaires Maduro (2003a; 2006; 2008; 2009) defende a insurgência de um *direito contrapontual* que permite a formulação dos seguintes princípios normativos a orientar as colisões entre regimes: dever de *compatibilidade sistêmica*; *consciência institucional* das cortes de que elas não detêm o monopólio sobre as regras e que geralmente suas interpretações concorrem com a de outras instituições; e dever de *compartilhamento de um mesmo quadro hermenêutico*.

(η) *Ênfase na formação de um “projeto” de direito administrativo global*

Trata-se de um conjunto de propostas para o desenvolvimento de procedimentos adequados de tomada de decisão e de resolução de conflitos em um quadro de governança global (COTTIER, 2009, p. 650); construídos a partir da migração de princípios e estruturas institucionais do plano doméstico (KRISCH, 2006), pelos quais as ordens políticas e jurídicas sobrepostas podem ser articuladas a partir de uma concepção ampliada de autonomia pública dos cidadãos globais (KRISCH, 2009), que dependem de novas formas de enquadramento político (FRASER, 2009).

É possível ainda incluir neste grupo a proposta de Christian Joerges (2005; 2006; 2007; 2010) que defende a possibilidade de construção de um “supranacionalismo deliberativo” (2005, p. 6), a partir

---

<sup>519</sup> Nas palavras do autor: “(...) ‘the’ European Constitutional Court would consist of both the highest national courts and tribunals and the ECJ. Since, from the theoretical perspective of multilevel constitutionalism, the national courts’ and the ECJ’s authority both stem from the individual, there is no presupposed hierarchy between the courts, but rather a duty of co-operation. The task of this composite European Constitutional Court would be that of a guardian and interpreter of the (composite) European Constitution.” (MAYER, 2006, p. 323).

da enunciação de três teses centrais<sup>520</sup> ligadas à inclinação à governança, à procedimentalização e à ressignificação das metodologias do conflito de leis (JOERGES, 2006, p. 493-496); de acordo com o autor, o conflito de leis opera como uma “forma constitucional” nos espaços de regulação transnacional (JOERGES, 2010); todavia, a pretensão estruturante do conflito de leis não decorre da sua capacidade de operar sobreordenações, mas na capacidade em fornecer elementos de confiança para que aquelas sub-ordens possam definir regras adequadas a um engajamento recíproco.

(θ) *Ênfase na preservação da diferença*

Estas propostas se estruturam em torno do compromisso essencial com a promoção dos “espaços de hibridação”<sup>521</sup> (BERMANN, 2002; 2007) e da possibilidade de múltiplos enlaces comunitários expressados através da máxima postulada por Michel Rosenfeld (2008) em torno de um “pluralismo compreensivo”. Paul Schiff Berman (2002; 2005; 2007) estrutura suas propostas tendo por base uma “concepção de jurisdição pluralista e cosmopolita”<sup>522</sup> a partir da qual propõe tanto que a ideia reguladora de jurisdição seja deslocada da noção de território (BERMAN, 2002; 2005), quanto que o modelo analítico para o enfrentamento dos conflitos normativos seja estruturado, tendo em vista o compromisso com a preservação do hibridismo dos espaços de regulação (BERMAN, 2007); desta forma, defende ele, seria possível avaliar a eficácia dos mecanismos procedimentais, os desenhos institucionais e as práticas discursivas dos diferentes atores/cenários internacionais (BERMAN, 2007, p. 1159). Estas diferentes propostas, apesar de conferirem acento especial à dimensão institucional, para além

---

<sup>520</sup> O debate em torno da constitucionalização do direito internacional deve ser renovado com o auxílio das metodologias de conflito de leis; a irreversibilidade da guinada em direção à governança nas constelações pós-nacionais; e (iii) a procedimentalização do estado de direito (*rule of law*) no seio das democracias constitucionais e das constelações pós-nacionais.

<sup>521</sup> De acordo com o autor, estes espaços híbridos ocorrem “where more than one legal, or quasi-legal, regime occupies the same social field” (BERMAN, 2007, p. 1158), de uma variedade de formas que “overlapping legal systems interact with each other and observed that the very existence of multiple systems can at times create openings for contestation, resistance, and creative adaptation.” (BERMAN, 2007, p. 1159)

<sup>522</sup> Nas palavras do autor: “(...) *cosmopolitan* because it recognized the possibility that people can hold multiple, sometimes nonterritorial, community affiliations; and *pluralist* because it acknowledged that forms of legal (or quasi-legal) jurisdiction can be asserted by communities beyond those represented by official statesanctioned courts.” (BERMAN, 2005, p. 1821).

dos procedimentos e mecanismos de abertura e diálogo suscitados, refletem um compromisso existencial em preservar (e promover) as comunidades e compromissos normativos gerados através de múltiplas interações (formação dinâmica de *selve* e *others*) (ROSENFELD, 2010).

(i) *Ênfase na ausência de critérios capazes de articulação entre as ordens colidentes.*

Neste grupo podem ser identificadas a primeira formulação de Neil MacCormick (1993; 1995) por ele denominada de “pluralismo radical” e a defesa de uma “desordem de ordens normativas” preconizadas por Neil Walker (2008b; 2009). Ambas as propostas partem do pressuposto de que inexistente qualquer metacritério capaz de articular, em última instância, as diferentes ordens jurídicas colidentes. A primeira postura, inicialmente adotada por MacCormick, representou uma tentativa de transposição para a teoria do direito do pensamento pluralista recente (MACCORMICK, 1993) frente à provocação dada pela Corte Alemã em relação à Decisão sobre o Tratado de Maastricht em que reconhecia serem os Estados os “Senhores do Tratado”<sup>523</sup> (MACCORMICK, 1995). Neste contexto, o autor defendia a necessidade de se conceber uma estrutura jurídica que convivesse com a circunstância de que ambos os níveis (estatal e comunitário), na condição de unidades sistêmicas, detinham reivindicações legítimas de verem suas instituições como as autoridades últimas em seu espaço de regulação. Em decorrência de sua irreconciliabilidade de fundo, as ordens jurídicas caminham distintas e parcialmente independentes sem uma subordinação ou coordenação externa (MACCORMICK, 1993) e os eventuais conflitos, caso não possam ser evitados pelas instâncias decisórias máximas de cada ordem, não podem ser juridicamente resolvidos (MACCORMICK, 1995).

A ausência de um metacritério, consensualmente reconhecido, não deve levar, na visão de Neil Walker (2008a, p. 392), a uma “cacofonia de vozes infinitamente discordantes”, mas dá margem a espaço para alguma forma de “reconciliação entre as diferentes possibilidades de enquadramento”. Segundo o autor, cada situação concreta requer uma negociação sobre “o conjunto de critérios que deve prevalecer”; em outras palavras, quando se pretende estabilizar as bases

---

<sup>523</sup> O autor teve oportunidade de discutir esta decisão e os impactos dela decorrentes para a reflexão sobre a natureza do direito comunitário e da relação entre a União e os Estados-Membros em outra oportunidade (BASTOS JR, 2000b)

sobre as quais são constituídas as relações que transcendem o espaço nacional, “não é possível assentar-se sobre nada além das mesmas bases instáveis.”<sup>524</sup> (WALKER, 2008a, p. 392). Após invocar aquilo que denomina de *paradoxo da autoridade contestada*, identifica dois problemas correlatos que devem ser considerados no processo de “negociação”: questões de legitimidade (substantivos) e de capacidade de decidir (institucional). Estes embates se processam em diferentes *fora* que envolvem: o espaço político, o espaço dos tribunais e o espaço da arena jurídica. (WALKER, 2008a, p. 391-396).

(κ) Por fim, *ênfase na autonomia sistêmica dos regimes autônomos*

Reconhecendo igualmente a existência de um caráter autorreferencial dos subsistemas jurídicos, levam às últimas consequências a ideia de autonomia. Estas propostas uma vez mais, recorrem à ideia de conflito de leis no espaço, mas sob outra perspectiva. Os principais elementos teóricos que dão sustentação a esta perspectiva teórica foram discutidos, longamente, na seção 4.2, acima.

### 5.3. CRISE DA IDEIA DE CONSTITUIÇÃO COMO FATOR DE INTEGRAÇÃO: “PLURALISMO DE FATO” E O PROBLEMA DA CONSTRUÇÃO DE IDENTIDADES

A constatação da existência de múltiplas instâncias decisórias, situadas tanto fora do Estado quanto em espaços indiferentes ao Estado, concorreu para a necessidade de entrelaçar a normatividade emanada dos textos constitucionais com outras fontes normativas. Desta forma, no item anterior, com base em diferentes leituras em torno do pluralismo constitucional, os problemas da unidade do direito e da autoridade última para a tomada de decisão foram enfrentados, em especial, sob o ponto de vista dos mecanismos institucionais desenvolvidos para neutralizar (evitar) os conflitos e acomodar as tensões suscitadas nos espaços de regulação transnacional insurgentes.

Neste item, o problema de análise se desloca especificamente para o interior da comunidade política. O desafio consiste exatamente em lidar com a multiplicação exponencial das concepções de bem nas

---

<sup>524</sup> Tradução livre de: “as we seek to stabilize the ground beneath our feet, we cannot stand upon anything other than that same unstable ground.”

sociedades contemporâneas, altamente complexas e diferenciadas<sup>525</sup> e a necessidade inescusável de tomada de decisões institucionais frente aos conflitos entre tais concepções colidentes. Este quadro revela as dificuldades inerentes à definição de critérios de justiça em sociedades contemporâneas marcadamente *multiculturais*.

O *objetivo* deste item consiste em discutir em que medida os desafios suscitados neste contexto colocam em xeque a ideia moderna de identidade constitucional veiculada a partir da noção de “constituição como fator de integração”. Nestes termos, transplantando os desafios suscitados para o problema da constituição, é possível formular dois problemas vitais: (i) a constituição ainda é capaz de operar como fator de aproximação e de manutenção dos vínculos de identidade da comunidade política? (ii) é possível a formulação de algum ideal regulatório de justiça? e, caso afirmativo, qual o critério de justa ordenação deve dirigir os esforços de compatibilização ante colisões entre concepções de bem concorrentes?

Diante dos desafios decorrentes da fragmentação dos discursos em torno da constituição e do efeito potencialmente desagregador do fato do pluralismo (normativo e ideológico), este trabalho subscreve a defesa eloquente feita por Michel Rosenfeld (1998; 2008) em favor da adoção de um pluralismo normativo, por ele denominado de pluralismo abrangente (compreensivo) que se constrói a partir do compromisso de preservação (e promoção) das identidades e diferenças e de um compromisso ético para com o “outro”.

A fim de explicar os elementos centrais de sua proposta desenhada neste trabalho. Este item está estruturado da seguinte forma: inicialmente, será feito um rápido debate em torno da formação das identidades que, opondo liberais e comunitários, contribui para a reflexão em torno das dificuldades de conceber a identidade constitucional (5.3.1); em seguida, o debate sobre a formação de identidades será transplantado para a problematização em torno do

---

<sup>525</sup> É verdade que o aumento do pluralismo ideológico no interior das comunidades não é indiferente às interações, aos movimentos e a comunicações transfronteiras, do contrário, em grande parte seu incremento é tributário do aumento destas relações. Inclusive, como haverá oportunidade de discutir adiante, expressivas são as redes transnacionais formadas por indivíduos localizados em diferentes comunidades políticas que, a partir de diferentes mecanismos, definem uma agenda comum (global) de atuação que perpassa pela provocação de instâncias decisórias tanto nacionais como (supra)internacionais, mediante mecanismos de formação e de suporte recíproco (e.g., organizações não-governamentais com atuação transnacional como o *GreenPeace* e o *Avocats sans Frontiers*, o movimento feminista incentivado por instituições como a Fundação Ford e o Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher - CLADEM).

sujeito e identidades constitucionais e os desafios concernentes à compreensão da constituição como texto constitucional, resultado do emaranhamento de múltiplas narrativas sobre o texto constitucional (seção 5.3.2); e, ao final, serão explicitados os desdobramentos normativos do pluralismo abrangente a fim de que sejam identificados os critérios por ele fornecidos para a compatibilização entre concepções de bem concorrentes que eventualmente entrem em rota de colisão (seção 5.3.3).

### **5.3.1. Demarcando o debate em torno da justa ordenação da comunidade política**

Compreender a função de ordenação da constituição a partir de seu compromisso com a promoção de um pluralismo normativo abrangente, de acordo com Michel Rosenfeld (1998; 2003; 2008; 2010), teria o condão de ressignificar a função de integração da constituição a partir de dois fatores complementares: (i) o incremento do debate sobre as questões constitucionalmente relevantes a partir da ampliação do reconhecimento das diferenças e da pluralidade latentes nas sociedades complexas (perspectiva inclusiva); e, (ii) a construção de critérios de legitimidade material aptos a produzirem vínculos de identidade (ou ao menos de convergência) entre as distintas esferas normativas que se entrelaçam no cenário de permeabilidade das fronteiras e interpenetração das ordens jurídicas.

Esta seção tem por objetivo fornecer subsídios para a identificação das dificuldades e desafios inerentes à questão da formação das identidades nas sociedades contemporâneas e, ante tais desafios, identificar de que forma, para além da constatação do fato do pluralismo, pode-se defender um pluralismo normativo comprometido não só com a tolerância do outro, mas também com o comprometimento ético de promoção das diferenças e do respeito à identidade dos “outros”.

Para tanto, será feito, inicialmente, um esforço breve e suscito de caracterização do debate travado entre liberais (RAWLS, 2000; DWORKIN, 2002) e comunitários (SANDEL, 1982; TAYLOR, 1997), em torno do problema da formação da identidade dos sujeitos nas sociedades pluralistas contemporâneas. Em seguida, após identificar a tensão entre universalismo e particularismo que subjaz latente a este debate, serão identificados alguns elementos centrais da proposta de

Michel Rosenfeld em defesa de um pluralismo abrangente (compreensivo), esforço preliminar importante para a discussão em torno da formação (e manutenção) das identidades constitucionais da seção seguinte (5.3.2).

### 5.3.1.1. Entre o indivíduo e a comunidade: elementos para uma contraposição do debate entre liberais e comunitários

Desde os anos 80 do século XX, com a publicação da obra *Uma Teoria da Justiça*, de John Rawls, os trabalhos em filosofia política têm se dedicado ao estudo da configuração plural que, cada vez mais claramente, é o traço distintivo das sociedades liberais contemporâneas. Este trabalho de Rawls, inserido no âmbito do pensamento moral e fundamentalmente preocupado com os princípios regulatórios de uma sociedade bem ordenada (LOIS, 2001, p. 168), inaugura uma discussão sobre o grau e a natureza da diferença entre indivíduos e grupos (CITTADINO, 1999, p. 1-2). No histórico recente do pensamento político, em dois momentos essa questão específica do pluralismo protagonizou as disputas: I) nas críticas comunitaristas à concepção metafísica de sujeito e a ideia excessivamente liberal de sociedade que informava a primeira concepção de justiça formulada por Rawls, a chamada “justiça como equidade”; II) e na reformulação rawlsiana do liberalismo político (RAWLS, 2000), na qual o pluralismo das doutrinas morais individuais e razoáveis adquirem centralidade.

Charles Taylor (1993, p. 177), num ensaio tão bem humorado quanto esclarecedor, diz que este confronto entre liberais e comunitários parece ter adquirido conotações de disputa por ‘equipes’. De um lado, estariam John Rawls, Ronald Dworkin e Thomas Nagel (equipe L) e de outro, Michael Sandel, Alasdair MacIntyre e Michel Walzer (equipe C).<sup>526</sup> A polarização de discurso, segundo ele, seria, por si só, a causa de novas polêmicas que, por sua vez, geram outras discussões e assim por

---

<sup>526</sup> Neste trabalho, tendo em vista a necessidade de delimitar metodologicamente e principalmente teoricamente o debate entre comunitaristas e liberais, como se pode perceber, é infundável, optou-se por trabalhar a partir de apenas dois dos autores comunitários mais importantes: Michael Sandel que se preocupou em criticar especificamente a John Rawls (e não a todo o liberalismo como foi o caso de WALZER ou de MACINTYRE); Charles Taylor, porque traz novos e criativos contornos ao debate. No Capítulo IV, além de TAYLOR, será trabalhado Bruce ACKERMANN, pois, dentre os comunitários, foi o que se preocupou diretamente com o Direito.

diante, tornando impossível o debate dialógico no que tange, especialmente, à justiça (o que se afiguraria, no mínimo, irônico).

A corrente comunitária, profundamente heterogênea em suas orientações teóricas (GARGARELLA, 2008, p. 138), formulou duras críticas ao pensamento liberal, que redundaram em transformações significativas no pensamento de Rawls. Destacam-se, além da revisão da ideia de moralidade proposta por Michael Walzer e Alasdair MacIntyre, a crítica de Michael Sandel à concepção kantiana de sujeito e à noção de sociedade de Charles Taylor.

Sandel (1982) defende que a pretensão de alguns autores liberais, como Ronald Dworkin e John Rawls, de demonstrar a absoluta prioridade da justiça sobre quaisquer concepções de bem ou ideias políticas não se sustenta. A preocupação do liberalismo deontológico<sup>527</sup>, no que diz respeito aos princípios que ordenam a sociedade, é a de afastá-los das posições particulares, religiosas, filosóficas ou morais específicas. Deste modo, o liberalismo político busca oferecer uma concepção de justiça, ou um conjunto de princípios regulatórios da estrutura básica da sociedade, que possa ser aceitos por todos os cidadãos. Isso porque, para os liberais, a justiça goza de uma forma privilegiada de justificação; tem uma origem diferente de outras virtudes morais que poderiam aferecer outros princípios regulativos, como a felicidade geral. Virtudes como esta dependem de significação por parte de cada indivíduo ou grupo, de acordo com sua experiência. Assim, não é possível estabelecer a partir daí princípios aceitos por todos; o parâmetro se tornaria coercitivo e heteronômico (SANDEL, 1982, p. 4). O valor moral idôneo para regular uma sociedade pós-tradicional deve ser aceito por todos; este critério é satisfeito pelo ideal de justiça. Seus princípios derivam, independentemente de interesses ou fins empiricamente determinados, e são anteriores a eles. Uma das consequências da ideia da prioridade absoluta do justo sobre o bem é a necessária proteção dos direitos dos indivíduos contra o interesse comum ou a vontade da maioria. Essa é parte da concepção kantiana de autonomia: o indivíduo é livre para perseguir os próprios fins quando governado por princípios que não pressupõem nenhum fim particular. (SANDEL, 1982, p. 3-6).

---

<sup>527</sup> “a liberalism in which the notions of justice, fairness, and individual rights play a central role, and which is indebted to Kant for much of its philosophical foundation. As an ethics that asserts the priority of the right over the good, and is typically defined in opposition to utilitarian conceptions, the liberalism I have in mind might best be described as ‘deontological liberalism’ (...)” (SANDEL, 1982, p. 1).

Tanto como núcleo de onde originam as representações, quanto como sujeito de toda a experiência possível, o sujeito, na concepção kantiana, ou se dissolve em relações de causa e efeito no interior de sua consciência e nas relações com o mundo exterior, ou se afirma como um fim em si mesmo e se coloca como ontologicamente independente de seu contexto (SANDEL, 1982, p.7-8). Uma consequência importante desta concepção é o *princípio da dissociabilidade das pessoas*, segundo a qual ninguém é tão intimamente vinculado ao seu meio que não possa criticar ou mesmo abandonar práticas sociais enraizadas (GARGARELLA, 2008, p. 157). Não é a comunidade que determina o sujeito, mas o inverso.

À possibilidade de se postular este sujeito absolutamente dissociável de seu meio, Sandel oferece uma objeção empirista. Esta diz respeito às *circunstâncias da justiça*, às condições empíricas pelas quais é possível a realização do propósito da organização em sociedade, qual seja, a formulação de acordos a respeito da identidade de interesses e dos conflitos inerentes à vida em comum. Sem tais circunstâncias, sequer faz sentido a pretensão liberal de realização da justiça. Estas circunstâncias se referem a condições objetivas, como a escassez moderada de recursos à disposição, e subjetivas, como demandas conflitivas impelidas por concepções distintas de bem (SANDEL, 1982, p. 29). Comunidades ou grupos sociais podem estar mais ou menos sujeitos aos ditames da justiça, na medida da fartura dos recursos ou da convergência de interesses. Aproximando-se de algum dos extremos, outros valores parecem mais intuitivamente válidos. É evidente que o simples fato de haver circunstâncias empíricas para a prevalência da justiça já afasta o caráter deontológico pretendido. Ou a comunidade não é constitutiva do sujeito e este se sobrepõe categoricamente – posição para a qual nem toda a felicidade do mundo tornaria aceitável a injustiça – ou se pode pensar em situações nas quais é aceitável que o indivíduo se submeta à coletividade, seja esta uma família ou uma cultura.

Sandel não ignora a importância do modelo de justificação das sociedades liberais proposto pelos que chama de liberais deontológicos. Também não propõe um princípio regulatório alternativo derivado de valores morais como a benevolência. O seu é um *argumento ontológico*. Ele não está primordialmente preocupado em advogar determinado modelo de sociedade ou de socialização, mas em apontar as insuficiências e os limites das opções teóricas dos autores (TAYLOR, 1997, p. 181-184).

John Rawls acolheu grande parte das críticas comunitaristas e reformulou completamente sua teoria a partir delas. O reconhecimento

do inextricável desacordo em torno das concepções de vida boa – o que se convencionou chamar, com Rawls, de fato do pluralismo razoável – colocou em xeque, no âmbito da filosofia política, as teorias políticas liberais abrangentes, inclusive a própria justiça como equidade. A questão é que, face às irredutíveis divergências pela primazia de princípios regulativos de uma sociedade bem ordenada, uma concepção de justiça que se queira estável deve ser superficial o suficiente para escapar às disputas. No sentido de Rawls, a concepção de justiça deve ser unicamente política, ou seja, deve se impor sobre o âmbito bastante restrito da estrutura básica da sociedade<sup>528</sup> e privatizar outros aspectos da vida em sociedade. Ela se apresenta como um módulo, uma unidade teórica autossuficiente, que concorda com várias das doutrinas abrangentes razoáveis (RAWLS, 2000, p. 55) e, de cada uma delas, retira um fundamento de validade para a razão pública.

O conteúdo da ideia de justiça do liberalismo político surge da sobreposição das demandas sobre questões políticas das doutrinas morais abrangentes, mas razoáveis. Esse consenso sobreposto é a adesão de cada indivíduo, a partir de suas próprias ideias morais a respeito da vida em sociedade, à concepção pública de justiça (GARGARELLA, 2008, p. 231). O caráter modular da concepção de justiça faz com que ela seja fundamentalmente independente de seus pressupostos lógicos originais. O adjetivo “político” é aplicável justamente às formulações cuja validade não é o seu valor de verdade, que pertence às doutrinas morais abrangentes, mas à razoabilidade<sup>529</sup> (CITTADINO, 1999, p. 102). De fato, o cidadão assume, publicamente, uma perspectiva de observador, pela qual essa convergência é um simples fato social. Ele reflete privadamente sobre as motivações que o levaram à adesão e simplesmente constata que os demais cidadãos, moralmente razoáveis, também o fizeram; não há uma terceira instância. (HABERMAS, 2004, p. 104). Essa impossibilidade de justificação pública da concepção de justiça não leva em conta a perspectiva “a partir da qual ‘nós’, os cidadãos reunidos em conselho público e comunal, determinamos

---

<sup>528</sup> “(...) as principais instituições políticas, sociais e econômicas de uma sociedade, e a maneira pela qual se combinam em um sistema unificado de cooperação social de uma geração até a seguinte” (RAWLS, 2000, p. 54) ou, ainda, “(...) a maneira pela qual as principais instituições sociais se encaixam num sistema, e a forma pela qual essas instituições distribuem os direitos e deveres fundamentais e moldam a divisão dos benefícios gerados pela cooperação social” (RAWLS, 2000, p. 309)

<sup>529</sup> “É ao obter uma aprovação fundamentada de maneira *não-pública* por todos os envolvidos que tal concepção conprova sua adequação como base comum para uma justificativa *pública* de princípios constitucionais” (HABERMAS, 2004, p. 103).

equanimente o que é do interesse de cada um” (HABERMAS, 2004, p. 107).

A falta de um intermediário entre o privado e o público, entre o político e o metafísico, impõe sérios limites ao uso público da razão. Razões públicas são aquelas que apelam unicamente para o que pode ser subscrito por todos os outros cidadãos (RAWLS, 2000, p. 276). Como o consenso sobreposto não passa de um processo de observação mútua, o processo de dar razões publicamente é restrito à seara das questões constitucionais essenciais e de justiça fundamental (CITTADINO, 1999, p. 105). É a falta de um momento intersubjetivo de validação que leva Rawls a dizer: “admito que, em geral, é extremamente desejável resolver questões políticas invocando os valores da razão pública. No entanto, talvez nem sempre isso seja possível” (RAWLS, 2000, p. 264). Por trás da crítica de Habermas à justiça política de Rawls, encontra-se certo modelo de democracia deliberativa.

5.3.1.2. Em defesa da necessidade de estabelecimento de pontes de ligação entre o *eu* e o *outro*: do fato do pluralismo para o pluralismo como norma.

A necessidade de estabelecimento de uma relação última de precedência em favor do indivíduo ou da comunidade (como tomada de posições antagônicas e excludentes) orientou o debate antes sumarizado. Neste contexto, a questão específica da identidade se coloca diante de duas questões centrais (pelo menos para a problematização feita neste trabalho): (i) a idéia segundo a qual o processo de formação de identidades constitui-se a partir da demarcação da diferença entre o “eu” (ou “nós”, no caso da identidade coletiva) e o “outro” (ou “eles”); e (ii) o potencial desafiador do pluralismo que comprime (à exaustão) o discurso em torno da unidade constitucional e da integridade do espaço de regulação baseado no modelo de estado territorial. Nestes termos, afigura-se preemente (re)pensar a ordem jurídica (e, especificamente, a ordenação constitucional) na era do pluralismo identitário e ideológico.

Esta subseção destina-se justamente a enfrentar, a partir da leitura de Michel Rosenfeld o problema da construção de identidades e da ética de compromisso com o “outro”, para, na próxima seção (5.3.2) enfrentar, com mais precisão, o problema da formação das identidades do sujeito constitucional.

(a) Formação de identidades a partir da ética de reconciliação entre o “eu” e o “outro”

Em todos os domínios de interação marcados pela existência de um “pluralismo de fato”, as relações intersubjetivas podem ser compreendidas como relações entre “eu”/“nós” (*self/selves*) e “outro”/“outros” (*other/others*)<sup>530</sup>. Esta oposição, contudo, é sempre contingente, ou seja, os múltiplos “eus” e os respectivos “outros” devem ser compreendidos não como indivíduos ou coletividades pré-existentes e monoliticamente diferenciados dos demais, mas como categorias que são construídas de forma dinâmica e relacional.

Isto é assim porque toda e qualquer individualização pressupõe a existência de uma relação de diferenciação, ou seja, só é possível que um indivíduo tome consciência de si enquanto sujeito dotado de individualidade (“eu”/*self*) na medida em que ele é capaz de se perceber como alguém que é diferente dos demais sujeitos que estão ao seu redor (“outro”/*other*). Este mesmo processo de identificação (pela diferenciação, logo, pela negação do “outro”) aplica-se não somente aos indivíduos (*self*), mas igualmente aos processos de constituição de identidades coletivas (*selves*).

Ocorre que, em face da multiplicidade de relações sociais e de vínculos de pertencimento compartilhados, cada indivíduo associa-se a um sem-número de coletividades e, nesta condição, estabelece inúmeras relações tanto de identidade, quanto de diferença; ambas relações (de identificação e de diferenciação) são constituídas tanto entre seus pares (relações *intracomunitárias*), quanto em face dos seus outros (relações *intercomunitárias*). Daí o caráter dinâmico, relacional e contingente antes mencionado.

As relações *de identidade* (identificação) que primariamente são associadas às relações entre pares de uma mesma comunidade de sentido (relações *intracomunitárias*), também podem ser estabelecidas *intercomunitariamente*, ou seja, nada obsta que pessoas associadas a diferentes coletividades, apesar de suas diferenças, concordem em torno de determinada expectativa normativa e atuem conjuntamente em torno de um propósito comum, ou ainda, contra um terceiro que se lhes apresente como um mesmo *outro* a combater.

---

<sup>530</sup> Whether an individual confronts a group, a minority culture a majority culture, or members of a political party their counterparts in an opposing party, they seem bound to relate to one another as a self confronting another self. This also extends, of course, to the realm of law, as lawmaking, legal interpretation, adjudication, and law enforcement are all subject to contestation in any polity divided by ideologies and interests. (ROSENFELD, 2008, p. 427).

Do mesmo modo, as *relações de diferença* para além das relações *intercomunitárias*, igualmente podem ser estabelecidas *intracomunitariamente*, ou seja, afigura-se perfeitamente possível que no seio de determinada coletividade alguns indivíduos divirjam em relação a algum valor e/ou expectativa normativa difusamente compartilhada; nesta condição, os dissidentes, em razão desta divergência, se apresentariam como *outros* no seio de sua própria comunidade. Ocorre aquilo que o autor denomina de “o *outro* interno”, em oposição à ideia de “*outro* externo”<sup>531</sup>.

Por fim, importa ressaltar ainda que as múltiplas relações de pertencimento estabelecidas por cada indivíduo (vinculação religiosa, filiação partidária, grupo familiar, opção por time de futebol, adesão ao vegetarianismo, ativismo ambientalista, etc) não implicam que o mesmo indivíduo compartilhe completamente as concepções de bem veiculadas no seio de cada coletividade (“valores”), tampouco que sua adesão a múltiplas comunidades exija-lhe uma acomodação não-conflitiva entre as concepções de bem a partir dos quais as bases identitárias são fixadas.

A fim de ilustrar estas ideias, o autor usa como exemplo as múltiplas relações de identidade e de diferença a serem estabelecidas em uma situação hipotética de uma “alemã + católica + feminista”<sup>532</sup>. Ao se perceber como alemã (e não como francesa ou irlandesa) e como católica (e não como protestante ou mulçumana), a mesma constrói relações de identidade pela negação de “outros”, constituindo desta forma *relações de diferenciação intercomunitária*. Por outro lado, sua identificação ao movimento feminista opera-se quando a mesma se envolve na luta pelos direitos das mulheres e compartilha com seus pares um conjunto de determinadas concepções de bem. Esta última pode ser descrita como *relação de identificação intracomunitária*.

Como dito anteriormente, a adesão simultânea dos indivíduos a múltiplas comunidades não se manifesta através de operações de acomodação não-conflitiva. Pelo contrário, como evidencia o exemplo ilustrativo da católica-feminista, ao vincular-se simultaneamente a essas duas comunidades, a mesma pode vir a assumir posturas que a coloquem como um “outro” no seio de cada uma dessas comunidades (*outro* interno). Isto ocorrerá, exemplificativamente, caso ela se contraponha à proibição de ordenação de mulheres como sacerdotizas

---

<sup>531</sup> Esta questão será retomada adiante quando será discutido o processo de internalização da diferença. Questão que, analogicamente, poderá ser transplantada em relação aos elementos normativos produzidos fora do “espaço tradicional” das comunidades políticas nacionais.

<sup>532</sup> O exemplo será aqui reproduzido com algumas pequenas variações a fim de chamar atenção para alguns nuances que não são originariamente sinalizados pelo autor.

com base em suas convicções feministas (dissidência no seio da comunidade católica); ou ainda, caso ela repute ser ilegítima a identificação feita entre “direito sexual reprodutivo” e “direito ao aborto” (dissidência no seio da comunidade feminista). Nestas duas situações, ainda que ela se perceba simultaneamente como católica e feminista em relação a inúmeras relações *intercomunitárias* (respectivamente, em oposição ao judaísmo e a práticas sexistas, *e.g.*), em certa medida, encontra-se parcialmente alienada das comunidades no seio das quais está inserida, ou seja, apresenta-se como um “outro” em razão das dissidências assumidas. Estas duas situações ilustram muito claramente relações típicas de *diferenciação intracomunitária*.

Ainda, em complementação à ideia de individualização do “eu” em oposição ao “outro”, é possível conceber o “eu” a partir de dois sentidos distintos (e complementares): “eu como *semelhança*” (*self as sameness*) e “eu como individualidade” (*self as selfhood*).

A primeira (“eu como *semelhança*”) constrói-se a partir da exaltação do elemento comum (compartilhado), permitindo tanto a identificação de um indivíduo em relação a uma determinada identidade coletiva (*relações intracomunitária*), quanto a diferenciação desta coletividade (*self*) em relação às demais (*selves*) (*relações intercomunitárias*). Por seu turno, a segunda (“eu como individualidade”) se constrói a partir da percepção de que, apesar das diferenças (quer seja em razão das mudanças no tempo, quer seja em razão de dissidências internas), ainda é possível identificar uma unidade existencial que diferencia o sujeito (individual ou coletivo) dos seus outros.

Retomado o exemplo hipotético anterior, o caso da alemã católica feminista, apesar das diferenças que a separam das irlandesas ou francesas, em relação a um eventual choque de interesses econômicos em relação aos Estados-Unidos, a mesma identifica-se aos interesses tanto das irlandesas quanto das francesas pelo fato de compartilharem uma mesma identidade coletiva comum (europeia). Por outro lado, em relação ao segundo sentido de identidade, é possível afirmar que, apesar das inúmeras transformações que a alemã do exemplo hipotético experimentou ao longo de sua trajetória de vida (da sua infância à sua velhice; das identificações sucessivas a diferentes comunidades com concepções concorrentes de bem), ainda é possível identificá-la como um mesmo indivíduo; da mesma forma como é possível identificar um elo que mantém incólume, apesar dessas diferenças, tanto a comunidade política alemã, como a religião católica e o movimento feminista. Assim, o vínculo identitário ainda se mantém, apesar das diferenças

internas (*outros* internos) e das transformações experimentadas pela coletividade no curso do tempo.

(b) Do pluralismo-como-fato ao pluralismo-como-norma: caminho para a consolidação de um *ethos* pluralista

Após reconhecer a complexidade das relações de identidade e de diferença e constatar a existência de uma plêiade crescente de demandas por reconhecimento e por inclusão de visões concorrentes de mundo, Michel Rosenfeld (2008, p. 429) defende que o fato do pluralismo ideológico deva ser enfrenado a partir de uma *perspectiva normativa*.

Isto é assim, pois o fato do pluralismo (normativo e ideológico) está longe de ser um problema em si, pelo contrário, de acordo com sua perspectiva ele é reconhecido como um bem em si que deve ser encorajado e protegido (ROSENFELD, 1998, p. 206), pelo menos nas sociedades efetiva e marcadamente plurais (ROSENFELD, 2008, p. 430).

Não sem problemas<sup>533</sup>, esta transição para o pluralismo normativo refletiria a melhor forma possível de se lidar com os conflitos surgidos no seio das sociedades marcadamente plurais (ROSENFELD, 1998, p. 200), uma vez que a adoção de um modelo normativo de promoção do pluralismo das concepções de bem se compraz com os ditames de uma ética da reconciliação entre o “eu” e o “outro” e se coaduna com o compromisso em minimizar ao máximo a violência impingida sobre as múltiplas identidades.

A associação entre o modelo de pluralismo normativo defendido pelo referido autor e os compromissos de reconciliação e minimização da violência institucionalizada pelo direito, já podem ser compreendidos na forma como o autor sintetiza o enunciado normativo veiculado pela ideia de pluralismo abrangente: “a reconciliação do eu e do outro, tanto quanto possível, através de acomodação mútua, sem com isso impor sacrifícios indevidos em relação à preservação e florescimento de um sentido de individualidade ou identidade.”<sup>534</sup> (ROSENFELD, 2008, p. 429).

Nestes termos, a acomodação recíproca das diferentes identidades representadas é assumida como máxima a ser promovida e como

---

<sup>533</sup> Síntese das críticas formuladas contra esta transição do fato do pluralismo para o pluralismo como norma.

<sup>534</sup> Tradução livre de: ““the reconciliation of self and other as much as possible through mutual accommodation, without thereby imposing undue sacrifices in relation to the preservation and flourishing of one’s sense of selfhood or identity””.

condição para o desenvolvimento de um *ethos* pluralista nas práticas institucionais. Esta visão projeta inúmeras repercussões tanto na forma de como se concebe o entrelaçamento dos discursos constitucionais na construção das narrativas sobre a constituição (seção 5.3.2), quanto no modelo de justiça defendido como desejável, nos cenários de hipercomplexidade (seção 5.3.3).

Quando o pluralismo é formulado em termos normativos, ele veicula igualmente uma concepção de bem que se impõe sobre as demais. De acordo com esta concepção de bem veiculada, devem ser promovidas (equalizadas/protegidas) *todas* as concepções de bem em dada comunidade, exceto aquelas que, notadamente antipluralistas, ameacem sistemática e irresistivelmente as condições para a livre convivência de concepções de bem concorrentes. Nestes termos, esta limitação operaria tal qual o *paradoxo da tolerância* defendido pelo racionalismo crítico de Karl Popper, para quem a intolerância em relação aos intolerantes representaria um limite imanente à máxima da tolerância. De acordo com o autor, sem que se recorra a algum mecanismo de limitação da pretensão de equalização de todas as concepções de bem, as condições de possibilidade do próprio pluralismo poderiam ser colocadas em xeque com a difusão de (e de adesão a) posturas antipluralistas no seio das comunidades políticas.

Como se terá oportunidade de explicar adiante (seção 5.3.3), a partir de duas operações “metodológicas” (a dialética entre o momento negativo e positivo do pluralismo normativo e a distinção entre normas de primeira e de segunda ordem) o pluralismo abrangente permite a incorporação do ideal de justiça, compreendido como: “o ideal último, inatingível, do pluralismo abrangente traça uma visão de integração plena através da autorrealização, sem, contudo, sacrificar a diferenciação completa”<sup>535</sup> (ROSENFELD, 1998, p. 227). Desta feita, esse ideal opera, para o conceito de justiça compreensiva, na condição de ideal, como elemento irrealizável, mas capaz de fornecer um *sentido de direção* que contribua para a formulação de interpretações justas (comprometidas com um ideal de “justiça como aporia”). (ROSENFELD, 1998, p. 228).

Conceber o pluralismo nestes termos possibilitaria duas vantagens instrumentais sobre os modelos de justiça construídos a partir da afirmação de valores compartilhados (e não pela negação de valores a serem eliminados), que podem ser sintetizados da seguinte forma: (i) o

---

<sup>535</sup> Tradução livre de: “the ultimate, unattainable, ideal of comprehensive pluralism maps out a vision of full integration through self-realization without sacrificing full differentiation”

reconhecimento de que o pluralismo normativo apesar de operar como *ideal de natureza contrafática*, quando de sua aplicação à análise de situações concretas, exige sempre a realização de análises dependentes do contexto concreto em que se situam as contestações normativas colidentes; (ii) o postulado de preservação do maior número possível de concepções concorrentes de bem não implica afirmar que as identidades concretamente envolvidas permanecem as mesmas, muito pelo contrário, é provável que tenham sofrido ajustes, acomodações e sacrifícios, a fim de que possam mais livremente interagir em relação às demais concepções de bem concorrentes no cotidiano da comunidade política (ROSENFELD, 2008, p. 430).

(c) O pluralismo normativo como alternativa à contraposição entre o universal e o particular

Em grande parte, a preocupação do mencionado autor se canaliza para a reflexão sobre a justiça como ideal, tanto irrealizável quanto imprescindível, por meio do qual são produzidos *sentidos de direção*. Nestes termos, pretende fornecer alternativas à contraposição entre o universal e o particular, razão pela qual realiza duas diferenciações iniciais, como forma de demarcação do ponto de inflexão de onde parte sua proposta teórica<sup>536</sup>.

A primeira, diz respeito ao seu distanciamento tanto das concepções centradas em um monismo axiológico, quanto das perspectivas relativistas. Ao formular um ideal normativo que opera contrafaticamente (a partir da aplicação de um ideal universal), mas em bases concretas (incorporando o dever de observância da contingência), entende que o pluralismo normativo: “pode ser visto como uma mescla de tendências relativistas contra o monismo e de tendências monísticas contra o relativismo, enquanto trilha um caminho que permanece

---

<sup>536</sup> Nas palavras do autor, esta tensão pode ser assim sumarizada: “A large number of the most controverted issues surrounding contemporary constitutionalism and constitutional rule appear to be the product of an ongoing clash between a universalist vision and a particularist one. Or perhaps, more precisely, of a clash between universalist tendencies and predilections and particularist ones, as few would argue that all constitutions are essentially the same or that each one of them is so singular that it shares nothing in common with any of the others. Accordingly, universalists would agree that there are similarities and differences among most constitutions, but the universalist would insist that the similarities clearly outweigh the differences in both number and importance whereas the particularist would emphasize the exact opposite.” (ROSENFELD, 2010, p. 7).

diferenciado de ambos, tanto do monismo quanto do relativismo”<sup>537</sup> (ROSENFELD, 1998, p. 206).

A segunda, consiste no posicionamento de sua concepção de pluralismo a partir de uma perspectiva substancialista, em sentido forte, que a diferenciaria das perspectivas que ele denomina de pluralismo metodológico e pluralismo limitado. Enquanto perspectiva substancialista, o pluralismo normativista defende uma determinada concepção de bem (proteção e promoção do *ethos* pluralista) que se impõe sobre quaisquer outras pretensões de bem concorrentes. Nestes termos, o pluralismo abrangente se diferencia tanto da *perspectiva metodológica*, já que não é percebido tão-somente como uma estratégia (ferramenta) destinada a desconstruir as concepções de bens dominantes e opressivas em determinada comunidade política; quanto da versão substancialista mais branda (*pluralismo limitado*), que estaria disposto muito mais a tolerar o pluralismo do que assumi-lo como um valor em si, razão pela qual esta concepção, em que pese se engajar em processos de mudança, estaria mais pré-disposta a assumir algumas hierarquias de valores, que são de plano negadas pelo pluralismo abrangente definido por Rosenfeld (1998, p. 207).

Transplantadas estas preocupações para os discursos em torno da constituição, o ideal de pluralismo normativo se incorpora aos debates em torno das *cláusulas de abertura do texto constitucional*. Suas formulações concorrem para o reconhecimento de que as respostas dos discursos sobre a constituição às tensões intracomunitárias, que muito facilmente resultam em incompatibilidades insuperáveis, sejam obtidas mediante a “abertura da constituição ao diálogo” e a institucionalização de mecanismos que maximizem o entrecruzamento de alternativas.

A impossibilidade material de acordos substantivos abrangentes, associada à concorrência de autoridades decorrente do quadro de pluralismo normativo no seio das comunidades políticas, exigem um desafio adicional de legitimação das práticas institucionais nacionais. Desta feita, não basta que as mesmas operem discursivamente com base em sua autoridade instituída, tais práticas devem ser capazes de produzir, constantemente, (novos) pontos de convergência substantiva.

O resultado daí obtido poderia conduzir à formulação de acordos de convivência (mais do que por busca de acordos substantivos) que, ao invés de contribuir para a dissolução da normatividade da constituição,

---

<sup>537</sup> Tradução livre de: ““can be viewed as mustering relativistic tendencies against monism and monistic tendencies against relativism while carving out a path that remains distinct from both monism and relativism.”

permitira a re-especificação da força aglutinadora da constituição. Ou seja, o reconhecimento de que a incorporação permanente de novas perspectivas à narrativa constitucional não produz perda (diluição) da identidade constitucional, pelo contrário, esta prática reforça o seu grau de legitimidade.

Para tanto, é necessário identificar como a constituição pode ser compreendida como resultado do entrecruzamento de múltiplas narrativas sobre a própria constituição, que se materializam a partir das figuras de identidade constitucional e de sujeito constitucional.

### **5.3.2. Os desafios de construção da identidade constitucional: entre a unidade e a pluralidade**

Na seção anterior pôde-se constatar que as identidades coletivas são constituídas por relações dinâmicas de identificação e diferenciação, tanto em relação aos seus múltiplos “eus” que interagem *intra*-comunitariamente, quanto em relação aos seus “outros” que lhes são contrapostos *inter*-comunitariamente (o “eu” se constitui pela negação do “outro”). Portanto, os traços marcantes da identidade de qualquer individualidade (*self*) decorrem da percepção de sua contingência e da necessidade inarredável de constante confrontação com o outro (seja ele externo ou interno à própria comunidade de valor).

Ao se adotar este ponto de partida, o pluralismo no interior das comunidades políticas não representa um problema a ser eliminado (numa solução schmittiana) ou uma realidade fenomênica a ser dialeticamente superada na dinâmica vital da comunidade política (de acordo com a visão integracionista de R. Smend). O pluralismo, pelo contrário, é visto como um traço característico de qualquer individualidade (*self*) que não pode ser nem ignorado, nem minimizado, em nome da preservação de um ideal abstrato de identidade; mas exige a incorporação do conflito e da diferença como traços constitutivos de qualquer identidade coletiva.

O objetivo desta seção consiste justamente em discutir como pode ser possível conceber, neste cenário de pluralismo radical, a existência de “uma” comunidade política reunida em torno de “uma” identidade constitucional, que se reiventa ao projetar-se no tempo, mantendo-se fundamentalmente a mesma, apesar das transformações pelas quais atravessa. Em outras palavras, como pode ser concebido um

“eu” que se revela ao mesmo tempo uma pluralidade e uma individualidade, uma negação do passado e uma projeção do futuro.

O enfrentamento desta temática exige três esforços distintos e sucessivos: (i) o primeiro, o de transplantar a discussão anterior sobre a dialética entre “eu”/“outro” para o âmbito da teoria constitucional, o que importa na compreensão da dimensão plural do sujeito constitucional inerente às noções de constituição como experiência histórica e como modelo ideal (constitucionalismo); (ii) o segundo, o de conceber a constituição como texto e, nesta condição, como um documento a partir do qual são produzidos inúmeros discursos sobre a “melhor” forma de ordenação social, discursos estes que são articulados em torno da “construção” de uma mesma identidade constitucional; e, (iii) o terceiro, como consequência direta dos anteriores, o de compreender a continuidade no tempo dos processos de construção, desconstrução e reconstrução das identidades constitucionais.

#### 5.3.2.1. Unidade, pluralidade e universalidade do “sujeito constitucional”

Tanto a ideia contrafática de contrato social, quanto os pactos constitucionais, historicamente considerados, repousam, em último caso, em alguma forma ou nível de pluralidade. Razão pela qual, Michel Rosenfeld (2010, p. 21) afirma que as “constituições e o constitucionalismo só fazem sentido sob condições do pluralismo”<sup>538</sup>, condições estas que, nas democracias constitucionais contemporâneas, consistem na pluralidade tanto de comunidades de valores concorrentes (dimensão multi-étnica, multirreligiosa, multicultural, multilinguística das sociedades complexas), quanto na pluralidade de concepções individuais de bem (diferenças sobre as concepções individuais de autorrealização e sobre aquilo que consiste nas necessidades básicas) (cf. seção 5.3.1).

As noções de nação, de povo e de comunidade política são *constructos* forjados “de fora para dentro”, ou seja, decorrem da demarcação em bases geográficas (territoriais) de uma “comunidade de estranhos” (cf. item 1.2). Como qualquer “individualidade” (*self*), a comunidade política depende do estabelecimento de uma série de relações de identificação e de diferenciação para que seja capaz de

---

<sup>538</sup> Tradução livre de: “Constitutions and constitutionalism only make sense under conditions of pluralism”

constituir laços suficientes de identidade que permitam a sua individualização em face de outras identidades (no caso, de outros Estados).

Portanto, é da necessidade de produção de elementos de comum identificação em meio à pluralidade de fato (sua base material) que aqueles conceitos abstratos operam como uma “comunidade imaginada” que se constrói a partir da “interação dinâmica entre projeções de semelhança e de imagens de inividualidade”<sup>539</sup> (ROSENFELD, 2010, p. 27), que “entrelaça elementos de história, elementos culturais e mitos, etc, em uma narrativa [pretensamente] coerente”<sup>540</sup> (ROSENFELD, 2010, p. 18). É justamente o entrelaçamento destas narrativas que permite a (re)construção contínua da identidade constitucional, como se verá adiante (5.3.2.3).

O esforço epistemológico de separação do direito de sua dimensão ético-moral, que tem no positivismo jurídico kelseniano a sua formulação mais bem elaborada, não foi suficiente para separar eficazmente a aspiração do direito a algum elemento de transcendência ou de universalidade (mesmo que o reduzisse à postulação de uma norma fundamental). Em termos de discursos constitucionais, esse caráter aspiracional é ainda mais forte (JACOBSON, 2010), reforçando o papel desempenhado pela constituição de “lugar do encontro” de multiplicidade de perspectivas e de espelho onde as diferentes “*selves*” pretendem ver refletida sua imagem (HÄBERLE, 2001).

Razão pela qual a *tensão entre o universal e o particular* encontra-se presente em toda a tradição constitucional, em especial, em face da sua grande variedade de elementos míticos, de sua força simbólica transformadora, da sua dimensão organizativa e da sua função de legitimação dos discursos de poder. Não sem razão que as funções da constituição como fator de integridade (dimensão de organização do poder e de hierarquização de autoridades) e fator de integração (dimensão de legitimação do poder e de formação de identidades) foram identificadas no capítulo segundo. Naquela oportunidade, esta dupla função foi definida a partir da sua articulação às diferentes temáticas tradicionalmente estudadas no âmbito da teoria constitucional (poder constituinte, teoria das normas, teoria dos direitos fundamentais, etc).

---

<sup>539</sup> Tradução livre de: “based on dynamic interaction between projections of sameness and images of selfhood”.

<sup>540</sup> Tradução livre de: “weaves together elements of history, culture, myth, etc., into a coherent narrative”.

Aqui convém trazer à discussão de que forma esta ideia de identidade e de tensão entre o “eu” e o “outro” fornece um arcabouço teórico renovado para lidar com o problema das diferenças nos seios das comunidades multiculturais e no cenário de esfumaçamento das fronteiras jurídicas da constituição do estado soberano.

Com esse propósito, parece oportuno retomar duas questões essenciais que a teoria constitucional tradicionalmente se confronta, inclusive, como ponto de partida para suas inflexões sobre o *locus* da constituição no direito e na política. São elas: (i) o que é (ou deveria ser) uma constituição? (ii) quem é (ou deveria ser) o sujeito constitucional?

A primeira questão remete ao debate sobre o constitucionalismo e sobre a (melhor) adequação do modelo de ordenação social, assinalado no item anterior e que será enfrentado adiante (5.3.3). A segunda questão remete ao debate muito caro à teoria constitucional em torno das origens e da titularidade do poder constituinte, questão sensível que confere à constituição a função de demarcação da fronteira entre o jurídico e o político, questão que será aqui enfrentada mais de perto.

Situada a problemática a partir deste prisma (tensão entre eu/outro e formação de identidades), as comunidades políticas devem ser capazes, sob pena de verem sua individualidade contestada, de produzir narrativas consistentes em torno da identificação de sua própria identidade. Narrativas estas que são formadas pela dinâmica entre sua tradição histórica e algum tipo ideal de constituição que a anima, ou seja, perfaz-se a partir de uma tensão dialética entre “um” sujeito constitucional histórico e “um” sujeito constitucional construído contrafaticamente. Este processo de confrontação de um determinado sujeito histórico a um sujeito contrafaticamente construído fica evidente no discurso de Siéyès em defesa da legitimidade do Terceiro Estado para representar a “totalidade” da nação francesa:

Que é o Terceiro Estado? Tudo. Que tem sido até agora na ordem política? Nada. Que deseja? Vir a ser alguma coisa. [...] O Terceiro Estado forma em todos os setores os dezenove/vinte avos, com a diferença de que ele é encarregado de tudo o que existe de verdadeiramente penoso, de todos os trabalhos que a ordem privilegiada se recusa a cumprir. [...]. Quem, portanto, ousaria dizer que o Terceiro Estado não tem em si tudo o que é necessário para formar uma nação completa? Ele é o homem forte e robusto que tem um dos braços

ainda acorrentado. Se suprimíssemos a ordem privilegiada, a nação não seria algo de menos e sim alguma coisa mais. Assim, que é o Terceiro Estado? Tudo, mas um tudo livre e florescente. Nada pode caminhar sem ele, tudo iria infinitamente melhor sem os outros. (SIÉYÈS, 2009, p. 5)

Ocorre que estes sujeitos (históricos e contrafáticos), como se pôde inferir das análises da seção anterior sobre as individualidades, são sempre formados por múltiplos “eus” que dependem da elaboração de uma mesma identidade (no caso, constitucional) compartilhada por todos e construída a partir de vínculos de unidade construídos no tempo. (ROSENFELD, 2010, p. 26).

Portanto, a partir da transplantação desta noção de relação entre eu/outro, como critério para a desconstrução dos mitos do poder constituinte (dos pais fundadores na tradição americana) e da conexão existencial de sentido (de matiz germânica), torna-se possível afirmar que: de um lado, o *sujeito constitucional* é (historicamente) e deve ser (contrafaticamente) uma categoria substancialmente plural; de outro lado, o *povo*, por sua vez, enquanto “comunidade imaginada”, deve ser concebido como uma individualidade (como um singular), como uma unidade de sentido que se formou a partir de alguma espécie de rompimento (negação) com o passado e só pode se afirmar enquanto projeção de expectativas futuras. É com base nesta articulação entre pluralidade e singularidade que o sujeito constitucional é capaz de produzir eficazmente os vínculos de identificação de um projeto comum no seio de determinada comunidade e projeta um sentido de coletividade que permite sua diferenciação dos seus outros, agrupamentos *infraconstitucionais* (concebidos como seus *outros internos*) e *extraconstitucionais* (concebidos como seus *outros externos*). (ROSENFELD, 2010, p. 22-23).

5.3.2.2. Constituição como conjunto de narrativas sobre o texto constitucional: da transição da ideia de fator de integração para a de fator de convergência.

Na subseção anterior pôde-se perceber que a pluralidade representa um elemento constitutivo de qualquer comunidade política e que a ideia de sujeito constitucional (na condição de “comunidade

imaginada”) depende de alguma forma de acomodação das múltiplas individualidades (*selves*) existentes em seu interior.

A partir desta perspectiva, a questão-chave para compreender a aptidão da constituição (e do próprio direito) em forjar vínculos de identidade depende da relação que se estabelece entre os padrões de convergência e divergência no interior desta comunidade (ROSENFELD, 2008, p. 421), ou seja, o maior grau de identificação comunitária depende da aptidão das instituições (políticas, judiciais e sociais) de prover pontos de convergência que atuem como barreira de contenção da tendência desagregadora inerente a qualquer sociedade marcadamente plural. (ROSENFELD, 2008, P. 422).

Antes de discutir especificamente a questão da capacidade de ordenação social em um cenário de pluralismo constitucional (concorrência de autoridades decisórias e colisão entre concepções de bem divergentes), convém elucidar duas premissas necessárias para compreender a proposta aqui formulada: (a) a concepção de constituição que se adota neste momento da pesquisa; e (b) como pode ser compreendida a participação das instituições (políticas e judiciais) no processo de fornecimento de pontos de convergência em uma ordem constitucional compreendida em termos tradicionais.

Em consonância com a renovação epistemológica experimentada pela teoria constitucional ao longo do século XX<sup>541</sup>, a constituição é assumida neste trabalho como um conjunto multifacetado de discursos institucionalizados revestidos de capacidade de ordenação social em “uma” determinada comunidade política.

Definida nestes termos, a constituição não se reduz tão-somente ao *texto* constitucional, mas o extrapola. Enquanto texto normativo, com pretensão de regulação contrafática, seu sentido depende sempre de processos concretos de atualização que reinserem (problematicamente) o *contexto* para o interior do programa normativo. Estes processos de atualização, por sua vez, são igualmente enunciados através de uma nova fórmula linguística, fato este que desencadeia, *ad infinintum*, novos ciclos de (re)atualização textual a cada aplicação concreta. “A” constituição pode ser descrita como uma obra sempre inacabada, lacunosa, contraditória e permeada por desacordos e conflitos inelimináveis.

---

<sup>541</sup> Neste período, a virada linguística ocorrida no campo da filosofia encontrou eco na teoria constitucional e na forma de compreender a constituição como fator de ordenação da vida social. Neste sentido, os debates ocorridos no constitucionalismo de Weimar entre concepções formal e material da constituição passaram a ser tematizados, na reflexão sobre a constituição, a partir de novos matizes.

Diferentemente do que pode parecer a primeira vista, enfatizar o aspecto fragmentário não implica a erosão da noção de força normativa do texto constitucional, mas o reconhecimento de uma dimensão que lhe é irreduzível: a “constituição” reflete (e deve refletir) a pluralidade das identidades coletivas (*selves*) que interagem na comunidade política na qual ela está inserida.

Após este esclarecimento preliminar, o passo seguinte consiste em compreender como opera esta tensão entre divergência e convergência em uma determinada comunidade política, cujos vínculos de coesão e de unidade devem resultar da combinação de diferentes pontos de convergência tanto formais quanto materiais. (ROSENFELD, 2008, p. 422).

Em termos tradicionais, a unidade intracomunitária é mantida pela conjugação de dois fatores: de um sistema jurídico-constitucional coerente, unificado e hierarquicamente estruturado, destinado a maximizar os possíveis fatores de convergência formal (modelo de monismo constitucional analisado no item 5.2); e, ainda, do reconhecimento de uma relação de identificação comunitária suficientemente forte ou de uma sobreposição entre os interesses concorrentes apta a assegurar um grau de legitimidade material capaz de evitar dificuldades exageradas ou excessivas à legitimidade do direito. (ROSENFELD, 2008, p. 423).

Esta relação entre fator de convergência formal e material representa uma espécie de “atualização” do debate clássico da tensão entre legalidade e legitimidade do direito e das instituições políticas e, sob este ponto de vista, não representa nenhuma grande novidade<sup>542</sup>. A principal vantagem desta abordagem, no entanto, consiste justamente na forma como o autor retrata todos os processos de tomada de decisão a partir da dinâmica de convergência/divergência no qual os mesmos se inserem. Desta feita, desloca-se o foco de atenção, o acento não é dado na busca por critérios de justiça que possam orientar a opção (pela legalidade ou legitimidade) em caso de conflito existencial; mas sobre a necessidade de percepção da dinâmica das interações institucionais entre as diferentes instâncias decisórias e de que forma esta atuação é capaz de produzir aproximação ou distanciamento.

---

<sup>542</sup> Outra não é a conclusão que se pode chegar quando se lê a seguinte assertiva do autor: “From a purely logical standpoint, purely formal points of convergence may suffice to sustain the requisite hierarchy and unity of a constitutional democracy’s legal system operating on the scale of the nation-state. From a practical standpoint, however, purely formal convergences are insufficient for purposes of keeping a pluralist polity glued together.” (ROSENFELD, 2008, p. 422)

Isto fica mais claro quando se explicita a leitura feita pelo autor em relação à forma como os momentos de criação e de aplicação do direito são capazes de promover, simultaneamente, convergência e divergência na comunidade política. Esta interação pode ser descrita brevemente da seguinte forma:

i) enquanto autoridades constituídas, os órgãos de produção de direito estão formalmente legitimados a produzirem decisão de veiculação de um comando normativo;

ii) a decisão em órgãos colegiados é antecedida da identificação prévia de determinados pontos em comum capazes de articular os diferentes interesses em jogo ao ponto de serem viabilizadas as condições mínimas para a tomada de decisão (decisão legislativa como fator formal de convergência);

iii) em decorrência desta decisão, a simples promulgação deste ato normativo, para além da efetiva produção de algum grau de convergência contingente, pode suscitar diferentes leituras possíveis sobre o teor do comando legal prescrito (decisão converte-se em fator de divergência);

iv) instaurada a controvérsia em torno do alcance do comando normativo, os afetados pelo conflito, ao provocarem o Judiciário, institucionalizam o conflito, demandando que as instâncias estatais produzam uma nova decisão, com a finalidade precípua de por termo à perturbação gerada (decisão judicial como fator de convergência);

v) se por um lado, a decisão (em última instância) tem o condão de estabilizar o conflito (de por termo ao litígio entre as partes), esta decisão não se reveste, necessariamente, da aptidão para eliminar as divergências existentes e, enquanto tal, é capaz de produzir mais divergências (decisão converte-se em fator de divergência).

Colocada a questão nestas bases, a pretensão de ordenação social emanada da constituição materializa-se por meio de decisões políticas e

judiciais. E, como esta dinâmica evidencia, em face da impossibilidade de consensos substantivos abrangentes, as práticas institucionais devem ser discursivamente capazes de produzir pontos de convergência material. Portanto, não basta que sejam, tão-somente, produzidas por instâncias formalmente competentes<sup>543</sup>.

A incorporação desta premissa teórica, até onde se compreende nesta pesquisa, permite que o problema crítico da desagregação no interior das comunidades políticas contemporâneas seja enfrentado a partir da preocupação em fixação de bases para que a ideia de convergência/divergência substitua a noção reguladora de “cultura compartilhada”. Assim, a “constituição como ordenação social” (através de decisões de instituições políticas, judiciais e sociais) substituiria a noção de “constituição como identidade nacional”. Com ganhos expressivos em relação à promoção e preservação do compromisso com o pluralismo abrangente.

Por fim, retomando o propósito definido no início desta subseção, convém fazer breves considerações sobre a capacidade de ordenação constitucional em um cenário pós-vestfaliano.

O quadro de concorrência de autoridades decisórias e colisão de concepções de bem divergentes, como fartamente documentados neste trabalho, tem produzido mudanças significativas nos pontos de divergência e convergência no seio das comunidades políticas. Diante deste fato, faz-se necessário refletir sobre

(...) em que medida e de que forma é possível reconciliar estes múltiplos novos pontos de convergência e de divergência em um quadro jurídico que seja coerente e funcional (*workable*) e, ainda, que leve em conta todos os diferentes domínios de interação jurídica contemporâneas? (ROSENFELD, 2008, p. 424-425).

Se por um lado, não é possível identificar com precisão as regras que deverão orientar a articulação destas múltiplas autoridades, crê-se que é possível afirmar, categoricamente, duas questões: (i) a perda de

---

<sup>543</sup> Em suas palavras: “The formal would reflect an acceptance of the function of the prevailing constitutional and legal order as a means to settle issues over which no material agreement among the plurality of competing views within the polity seems possible. The material points of convergence, on the other hand, result from a normative commonality or overlap that spreads across a vast majority of competing normative outlooks within the polity. For example, proponents of divergent religions may all agree regarding the pursuit of state aid to religion and to the promotion of religious tolerance within the public sphere. (ROSENFELD, 2008, p. 422)

pontos de convergência formal podem ser compensadas pela insurgência de novos pontos de convergência material; e (ii) a formação de redes formais (e informais) de atuação transnacional conecta diferentes instâncias decisórias possibilitando a formação de institucionalidades não constituídas em bases territoriais.

O *primeiro aspecto* revela-se tão mais evidente quando mais intensa se afigura a porosidade das fronteiras jurídicas definidas pela constituição. Em outras palavras, quando maior é o grau de abertura da constituição aos elementos transnacionais e de engajamento “voluntário” a mecanismos de cooperação internacional, tem-se sobrelevada a importância dos pontos de convergência material (em complementação aos elementos especificamente baseados na autoridade formal).

A busca por incremento do grau de legitimidade material estimula a formação de relações (contingentes) de identificação ou, ao menos, de convergência entre as distintas esferas normativas que se entrelaçam. Assim, as respostas às tensões intracomunitárias (envolvendo ou não problemas que transcendem as fronteiras nacionais) podem ser melhor alcançadas mediante a “abertura ao diálogo” e a institucionalização de mecanismos que maximizem o entrecruzamento de alternativas.

O *segundo aspecto* decorre de um movimento aparentemente paradoxal, já que o aumento de rotas de colisão entre autoridades diferentes, por seu turno, contribui para o aumento dos canais de diálogo entre as instâncias decisórias (nacionais e não-nacionais). O aumento da zona de contato (e de conflito) possibilita o estabelecimento de redes de comunicação (institucionalizadas ou não). Frente a este emaranhado de relações, cada vez mais, as diferentes instâncias decisórias vêm-se materialmente impedidas de recusarem engajar-se em atitude de diálogo.

Tem sido recorrente referir-se a estas relações como transjudicialismo, enfeixando-as a partir da identificação de relações verticais e horizontais de comunicação (SLAUGHTER, 1994). Ou ainda, a abordagem de outras questões correlatas, como, *e.g.*: à atuação transnacional dos órgãos judiciários nacionais (FERRARESE, 2009); à atuação transnacional de órgãos decisórios judiciais e quase-judiciais supra e intergovernamentais (VOLCANSEK; STACK JR, 2005a); ou ainda, à atuação transnacional de organizações não-governamentais perante o judiciário nacional (SANTOS, C., 2007).

Em meio a esta teia de interações multifacetadas, a reafirmação da autoridade dos órgãos decisórios nacionais (notadamente os tribunais) não pode mais ser construída com base tão-somente na

produção de discursos autorreferentes, mas no desenvolvimento de estratégias argumentativas capazes de introduzir novos pontos de convergência material. Desta forma, o cenário de crescente incerteza amplia as possibilidades discursivas de que se introduzam novos fatores de estabilização de expectativas.

## CONCLUSÃO

*Constituição, quo vadis? Por um constitucionalismo da diferença como resposta (possível) aos desafios contemporâneos à teoria constitucional*

*“E agora vou para aquele que me enviou; e nenhum de vós me pergunta: Para onde vais?” (Jo 16, 5)*

*“Para onde vais senhor? [quo vadis, domine?]” e o senhor lhe responde: “Volto a Roma para ser crucificado”*

(Atos de Pedro e Paulo, apócrifo)

A expressão latina *quo vadis?* (para onde vais?) expressa muito bem a sensação de desinstalação, de incerteza e de ausência que, de alguma forma, esteve presente ao longo desta pesquisa... e que, ao cabo, permite ao autor afirmar que a ideia de “constitucionalismo da diferença” representa, tão-somente, uma possibilidade que se descortina ante os desafios confrontados pela constituição frente a “crise de identidade” aqui mapeada.

As passagens bíblicas acima transcritas são comumente associadas à expressão *quo vadis?* e contribuem, significativamente, para que lhe sejam atribuídos os sentidos antes mencionados. Nestes trechos, em contextos distintos, a interpelação de Jesus (*quo vadis?*) exige um lançar-se, uma atitude de desinstalação e de abandono por parte dos discípulos acerca de suas próprias seguranças; exige ainda, e, sobretudo, um ato de vontade, uma decisão existencial, baseada numa certeza de fé de que a morte é um rito de passagem para um “novo” que se descortina...

Esta analogia afigura-se bastante oportuna pela riqueza de sua dimensão metafórica. Ante as inseguranças próprias do período de transição que se atravessa, ante a necessidade de (re)construção da narrativa constitucional a partir do reconhecimento de sua contingência e de sua fragilidade, ante os riscos concretos de erosão da aptidão da constituição para forjar vínculos de identidade, ante a relativa perda da força simbólica dos mitos etiológicos do constitucionalismo... a opção consciente pela defesa de um compromisso ético com o outro, revela, como Pedro, uma “atitude de fé”, que brota da certeza de que, sem um compromisso radical com a pluralidade, os valores mais nobres do

constitucionalismo não representariam outra coisa que não, essencialmente, a manifestação de pura potência soberana, violência que se afirma institucionalmente e que se impõe monologicamente...

\* \* \*

Esta tese teve como **objetivo central** o propósito de “analisar os impactos da crise de identidade da constituição nas funções a si atribuídas e, por conseguinte, identificar os caminhos para o desenvolvimento de um ‘constitucionalismo da diferença’ que fosse capaz de lidar com o problema da concorrência de autoridades e da multiplicação dos choques constantes entre concepções de bem concorrentes”.

Perscrutar se o objetivo central da pesquisa foi atingido exige, no caso, um esforço inicial de esclarecimento sobre a natureza e alcance desta “crise de identidade” e sobre os sentidos atribuídos às funções de regulação essenciais à concepção moderna de constituição.

A compreensão da abrangência da crise foi, inicialmente, definida como uma *crise de identidade* (portanto, de dimensões existenciais), que se evidencia a partir de dois problemas correlatos: o da autoridade e o da territorialidade.

Grande parte do trabalho aqui desenvolvido centrou-se no fornecimento de subsídios para a compreensão das origens desta crise e para a identificação dos fatores que contribuíram para sua materialização. A primeira parte (capítulos 1 e 2) destinou-se à construção dos vínculos entre o modelo de organização política e a ideia de constituição e a segunda parte (capítulos 3 e 4) ao desvelamento das transformações da forma de organização social e política e os novos espaços de regulação forjados pelos diferentes processos de globalização.

A crise revela-se existencial (por isso foi aqui cunhada de *crise de identidade*) porque, como se defendeu ao longo deste trabalho, *ultima ratio*, ela resulta de uma mudança profunda no modelo de organização da sociedade: o que está em marcha é o rompimento do princípio da territorialidade, ou seja, do vínculo entre território e autoridade a partir do qual foram construídas as bases institucionais que, no final do medievo, resultaram no processo de consolidação dos estados modernos.

Por ser o vínculo entre o território e a autoridade uma relação constitutiva do horizonte de significados do modelo moderno de organização política, o seu rompimento resulta no esgotamento teórico da capacidade explicativa de muitas de suas categorias operacionais. As questões decorrentes deste desacoplamento, transpassadas para o debate em torno da normatividade constitucional, revelam uma incapacidade

crescente dos mecanismos e salvaguardas constitucionais de limitar (sequer potencialmente) o exercício do poder político e atuar como parâmetro de legitimidade para que as decisões políticas materializadas no espaço público sejam aferidas.

Como o próprio objetivo revelado na tese retrata, foi assumido neste trabalho que a constituição (em face de sua pretensão de ordenação social) desempenha, substancialmente, duas funções: ela operaria como fator de integridade e como fator de integração.

O fator de integridade materializa-se pelo reconhecimento de que a constituição, no estado territorial soberano, representa o parâmetro formal de validade do ordenamento jurídico vigente e, desta forma, articula hierarquicamente as relações de autoridade, enfeixando-as a partir de um único ponto de imputação. Este arranjo justificatório, juridicizado através de expressões como “supremacia constitucional” ou “força normativa da constituição”, em consonância com o projeto de racionalização iluminista, confere à constituição a função de ordenação e de coerência intrassistemática dos ordenamentos jurídicos que passa a ser conferida não mais por uma ideia de razão abstrata, mas de um ato positivo de vontade instituinte.

Por seu turno, o fator de integração envolve a ideia segundo a qual a legitimação conferida ao exercício da autoridade pública depende do reconhecimento prévio de um conjunto de direitos que limita, *ex ante*, o exercício do poder público. Estes elementos de índole substantiva decorrem da necessidade ineliminável de constituir vínculos de identidade na então insurgente comunidade política. A produção (e promoção) de elementos de ligação resultou de uma necessidade concreta de construir laços de identidade entre a “comunidade de estranhos” que nascia, a partir da delimitação de espaços de convivência de fora para dentro (a partir da delimitação de suas fronteiras). Portanto, conceber a constituição como fator de integração significa conferir-lhe uma dupla natureza: o papel de limitação substantiva da atuação da esfera pública (na tradição do constitucionalismo, ligada ao desenvolvimento das cláusulas de *rule of law*) e de fornecer subsídios a partir dos quais a comunidade pode projetar sua própria identidade.

A crise de identidade, como revelado de início, evidencia-se através de dois problemas que revelam a incapacidade operativa das funções clássicas, pelo menos, na forma como elas foram modernamente construídas pelo constitucionalismo. Estes problemas, como se viu no capítulo terceiro, desdobram-se em razão dos diferentes “processos de globalização” que suscitaram a insurgência de múltiplos espaços de

regulação transnacional e, por via de consequência, de uma categoria pouco precisa que vem sendo denominada de “direito transnacional”.

É importante frisar, novamente, que este novo modelo de organização não suplanta a forma de organização do estado territorial soberano, ele se insurge contra a pretensão de exclusividade do modelo centrado no Estado (que no âmbito das relações internacionais costuma ser chamado de modelo vestfaliano ou sistema de Estados soberanos). De fato, o modelo de estado territorial passa a ser suplantado pela ideia de que devam existir múltiplas formas de organização do poder, formas estas, inclusive, que prescindem de espaços territoriais pré-definidos (fenômeno este chamado de desterritorialização).

Como se defende neste trabalho, a peculiaridade (e a dificuldade no enfrentamento) dos problemas de autoridade e de territorialidade resulta justamente do fato de que eles são gerados em meio a um turbilhão de transformações processadas na forma de organização política, social e jurídica (transição paradigmática). É, portanto, neste cenário que eles se manifestam.

O *problema da autoridade* foi, no início deste trabalho, assim formulado: “é possível falar em identidade constitucional, no interior de determinada comunidade política, ante a existência de múltiplas pluralidades de ordens normativas e de concepções de bem concorrentes?”

Portanto, as questões-chave imbricadas na forma como o problema da autoridade foi formulado dizem respeito à existência de pluralidade de ordens normativas e a pluralidade de concepções de bem concorrentes.

A pluralidade das ordens jurídicas foi analisada, ao longo da tese, a partir de duas perspectivas diferentes: a pressão “externa ao Estado” decorrente da expansão da regulação no direito internacional e a insurgência de novos espaços de regulação transnacional. Esta situação gera três problemas correlatos: a multiplicação de regulações produzidas em espaços diferenciados dotadas de elevado potencial de conflito; a existência de múltiplas instâncias decisórias não somente de produção do direito, mas, sobretudo, de resolução de conflitos; e, ainda, a ocorrência de uma situação talvez ainda mais grave que consiste na regulação jurídica indiferente ao Estado. Um inventário detalhado sobre estes cenários (e inúmeros dos seus desafios) foi feito ao longo do capítulo quarto.

A outra faceta da pluralidade das ordens jurídicas foi analisada sob o ponto de vista “interno ao Estado”. O reconhecimento do pluralismo de fato das sociedades contemporâneas (capítulo quinto, item

5.3) e a insurgência de inúmeras demandas por reconhecimento que exigem, inclusive, que o Estado abstenha-se de disciplinar-lhes a conduta (o caso mais emblemático diz respeito às populações autóctones e comunidades fundamentalistas em regime de “autoisolamento”). A questão do pluralismo jurídico *bottom-up* há algum tempo que vinha sendo objeto de estudos de antropólogos e sociólogos. A questão, contemporaneamente, ganha contornos mais dramáticos por conta do intenso fluxo migratório que marca a realidade contemporânea e da existência de vínculos comunitários transfronteiriços, os quais, inclusive, se articulam para concatenar (e promover) ações transnacionais.

Nestes termos, o problema da autoridade coloca em xeque, simultaneamente as funções de integridade e de integração. Todavia, enquanto que o problema do pluralismo “externo” ao Estado desafia diretamente a ideia de coesão e integridade intrassistemática, posto que a concorrência de autoridades (tanto de marcos regulatórios, quanto de instâncias decisórias) atinge frontal e diretamente os pontos de convergência formal das instituições nacionais. Por outro lado, o problema do pluralismo normativo “interno” coloca em xeque, sobretudo, o problema da legitimidade material do direito oficial (estatal-nacional), isto ocorre porque quanto mais complexa é a sociedade, mais reduzidos se apresentam as temáticas sobre as quais se afigura possível a formação de acordos de convivência (e não substantivos).

Por sua vez, o *problema da territorialidade* foi formulado nos seguintes termos: “em quais termos seria possível (ou desejável) falar em constituição ao se referir à regulação de espaços normativos não atrelados ao Estado?”

A formulação deste problema revela-se consequência direta da constituição de espaços de regulação transnacional e se materializa através do deslocamento da gramática constitucional para outros espaços de regulação que não aqueles circunscritos ao espaço de regulação estatal. Este deslocamento do discurso é captaneado por três fatores associados: a insurgência de mecanimos de governança global e da insurgência de espaços públicos transnacionais; o espraiamento e aumento da densidade institucional dos sistemas de proteção (e fiscalização) dos direitos humanos; e, ainda, a criação de espaços supranacionais, notadamente, o espaço europeu. Neste trabalho, a questão foi diretamente discutida no capítulo quinto (item 5.2) quando se discutiu a possibilidade de desconcentração da autoridade para proferir discursos sobre a constituição para estas instâncias regulatórias.

Como defendido neste trabalho, a questão não poderia ser enfrentada tão-somente a partir do admissão (ou rejeição) de outras instâncias com autoridade para tratar da constituição; da mesma forma, como não pode ser resolvida através da pretensão de transplantação do modelo de regulação típico dos estados territoriais soberanos para outras instâncias, como parecem fazer crescer muitas das propostas de configuração da União Europeia, ou ainda, dos esforços dotar a ordem internacional de atributos próprios de uma constituição mundial (tanto com ênfase na dimensão institucional, a partir da constitucionalização da Carta das Nações Unidas; quanto com ênfase em um novo *jus gentium* que atue como parâmetro geral de validade para toda a “comunidade de Estados”).

O que se defendeu neste trabalho é que, em que pese à profundidade da crise experimentada, é possível ainda conceber a constituição como instrumento útil, apto e desejável para a regulação das comunidades políticas nacionais. Suas funções clássicas podem continuar sendo operativas, desde que as mesmas sejam redimensionadas a partir de um comprometimento existencial com o pluralismo. Desta forma, tanto as funções de integridade e de integração passam a ser redimensionadas a partir do reconhecimento de que a capacidade de produção de discursos constitucionais depende da sua aptidão para produzir (novos) pontos de convergência material. Estas questões serão brevemente sumarizadas a seguir.

\* \* \*

A fim de enfrentar este desafio, o presente trabalho assume como perspectiva teórica, a compreensão de que a constituição, enquanto texto constitucional, (re)constrói-se diariamente a partir da articulação de um conjunto multifacetado de discursos institucionalizados revestidos de capacidade de ordenação social de uma determinada comunidade política. E de que, ante o “fato do pluralismo”, os desafios suscitados pela concorrência de autoridades e de concepções de bem colidentes podem ser melhor enfrentados se se adota uma perspectiva normativa de pluralismo, a exemplo da proposta de pluralismo abrangente de Michel Rosenfeld.

Nestes termos, como se evidenciou ao longo do texto, é possível identificar as seguintes implicações decorrentes do reconhecimento da dimensão discursiva da constituição, a saber: (i) a ideia segundo a qual “uma” constituição nada mais representa que um *continuum* entre os

esforços de construção de identidade (constitucional) por “um determinado” sujeito (constitucional) por intermédio dos mais variados canais de produção de discursos sobre a constituição (que se materializa na fórmula de constituição vivente – *living constitution*); (ii) o sujeito constitucional se constrói originariamente a partir da negação de outra realidade que se lhe contrapõe e que é a partir desta negação original (ausência) que passam a ser identificados os elementos de similitude aptos a contribuir para a constituição dos laços identitários em determinada comunidade política; (iii) o reconhecimento de uma determinada identidade constitucional não implica a identificação de consensos ou uniformidade, do contrário, pressupõe o dissenso e a pluralidade; (iv) a noção de comunidade política não se circunscreve necessariamente à noção moderna de Estado, de povo ou de nação. Nada obsta que possam ser constituídas discursivamente “novas” arenas de deliberação pública deslocadas da dimensão territorial do Estado, assim como, analogicamente, podem ser identificadas redes de interação transfronteiriças com elevado grau de coesão interna.

Para lidar com a crise de identidade, é preciso conceber alternativas para o enfrentamento dos problemas de autoridade e de territorialidade antes suscitados.

O *problema da autoridade* pode ser enfrentado pela possibilidade de construção da identidade constitucional: (i) a partir do reconhecimento (e respeito) da multiplicidade de perspectivas, frente à *pluralidade das concepções de bem*; (ii) a partir da substituição das noções de hierarquia e de integridade sistêmica (como critérios reguladores do direito) pela noção de compatibilidade normativa, frente à *pluralidade de ordens normativas* sobrepostas e igualmente dotadas de alguma força vinculante.

Por outro lado, o problema da *territorialidade*, pode ser enfrentado pelo desafio de identificar quem é (ou deveria ser) o sujeito constitucional. A recuperação dos processos históricos de afirmação do constitucionalismo revela que não existe uma associação necessária entre constituição e Estado, ou entre constituição e povo (ou nação), mas que foram associações feitas como estratégia discursiva de construção de identidades. Desde que seja possível identificar a existência de sujeito e identidade constitucionais em outros espaços para além do Estado, seria possível também falar em “constituição”. Em princípio, não existe óbice teórico (ou mesmo rompimento com a tradição do constitucionalismo) o recurso à gramática da constituição para que se apreendam outras realidades de ordenação estatal não-circunscritas ao Estado.

Se por um lado, não é possível identificar com precisão as regras que deverão orientar a articulação destas múltiplas autoridades surgidas nestes espaços outros que não do estado soberano, crê-se que é possível afirmar, categoricamente, duas questões: (i) a perda de pontos de convergência formal podem ser compensadas pela insurgência de novos pontos de convergência material; e (ii) a formação de redes formais (e informais) de atuação transnacional conecta diferentes instâncias decisórias possibilitando a formação de institucionalidades não constituídas em bases territoriais.

O *primeiro aspecto* revela-se tão mais evidente quando mais intensa se afigura a porosidade das fronteiras jurídicas definidas pela constituição. Em outras palavras, quando maior é o grau de abertura da constituição aos elementos transnacionais e de engajamento “voluntário” a mecanismos de cooperação internacional, tem-se sobrelevada a importância dos pontos de convergência material (em complementação aos elementos especificamente baseados na autoridade formal).

A busca por incremento do grau de legitimidade material estimula a formação de relações (contingentes) de identificação ou, ao menos, de convergência entre as distintas esferas normativas que se entrelaçam. Assim, as respostas às tensões intracomunitárias (envolvendo ou não problemas que transcendem as fronteiras nacionais) podem ser melhor alcançadas mediante a “abertura ao diálogo” e a institucionalização de mecanismos que maximizem o entrecruzamento de alternativas.

O *segundo aspecto* decorre de um movimento aparentemente paradoxal, já que o aumento de rotas de colisão entre autoridades diferentes, por seu turno, contribui para o aumento dos canais de diálogo entre as instâncias decisórias (nacionais e não-nacionais). O aumento da zona de contato (e de conflito) possibilita o estabelecimento de redes de comunicação (institucionalizadas ou não). Frente a este emaranhado de relações, cada vez mais, as diferentes instâncias decisórias vêem-se materialmente impedidas de recusarem engajar-se em atitude de diálogo.

Em meio a esta teia de interações multifacetadas, a reafirmação da autoridade dos órgãos decisórios nacionais (notadamente os tribunais) não pode mais ser construída com base tão-somente na produção de discursos autorreferentes, mas no desenvolvimento de estratégias argumentativas capazes de introduzir novos pontos de convergência material. Desta forma, o cenário de crescente incerteza amplia as possibilidades discursivas de que se introduzam novos fatores de estabilização de expectativas.

\* \* \*

Fixadas estas bases convém tecer algumas linhas sobre a forma como o autor do presente trabalho, concebe a possibilidade de desenvolvimento de um *constitucionalismo da diferença*. O compromisso da constituição e da própria comunidade política com o pluralismo compreensivo revela um compromisso constitucional com a promoção da alteridade.

Este comprometimento revelar-se-ia através do reconhecimento de que (a) as instituições sócio-políticas devem ser concebidas como centros produtores de convergência.

A capacidade regulatória da constituição encontra-se confrontada pelo esfumamento das fronteiras normativas do sistema jurídico e dos pares dicotômicos “dentro/fora” e “interno/externo”. Esta situação de aparente diluição de sua normatividade e de sua capacidade de produção de consenso, na verdade, revelam muito mais o esgotamento dos modelos teóricos construídos com base nestas categorias, do que a perda da capacidade de ordenação constitucional da vida social e da sua capacidade de formação de acordos.

Quando se assume um modelo de ordenação constitucional baseado no reconhecimento da constituição como *fator de convergência*, estes pontos de convergência (e não de integração comunitária) devem ser construídos através de relações dinâmicas de mútuo reconhecimento entre sujeitos constitucionais.

A ideia de pluralismo compreensivo (que anima esta concepção) prescreve o dever de máxima acomodação mútua entre sujeitos constitucionais (constituídos através de relações dinâmicas de identificação de identidades e de reconhecimento de diferenças – eu/outro). O dever de reconciliação faz com que se assumam que dificilmente as concepções de bem concorrentes serão plenamente satisfeitas (sujeitam-se a processos de acomodação e de sacrifícios). Todavia, por outro lado, as individualidades constituídas (contingencial e relacionalmente) nutrem a expectativa de que não serão levadas a se submeterem a sacrifícios tais que inviabilizem o exercício (ou impeçam o florescimento) de sua própria identidade.

Como consequência, este compromisso materializa-se (b) através de instrumentos de mediação para o fornecimento de alternativas.

Como consequência da adoção de uma concepção normativa de pluralismo, as *cláusulas de abertura material da constituição* refletem a exigência de que as constituições sejam axiologicamente orientadas à promoção de um *ethos* pluralista, ou seja, que a ordenação

constitucional (leia-se o esforço regulatório das instituições políticas e judiciais) operem a partir dos compromissos de promoção do pluralismo compreensivo. O que isto significa? Que os pontos de convergência material devem ser produzidos através da coordenação dos diferentes níveis de regimes jurídicos entrelaçados (que interagem, sobrepõem-se e segmentam-se através de relações preponderantemente horizontais) e de processos institucionalizados de negociação entre concepções concorrentes (por vezes, conflitantes) de bem.

Os conflitos institucionalizados que evidenciem situações-limite (*hard cases*), ou seja, que evidenciem um conflito entre concepções de bem concorrentes (normas de primeira-ordem), devem ser resolvidos através de um procedimento que identifique e avalie o nível de essencialidade da norma colocada em xeque em relação às concepções de bem conflitantes. Nestes termos, o pluralismo compreensivo, através de um processo de crítica (do nível de proteção das concepções de bem conflitantes) e de construção (identificação de alternativas institucionais aptas a incrementarem o grau de proteção de identidades sub-protegidas), possibilita o fornecimento de um leque de soluções alternativas às tensões (*clashes*) entre tais concepções. Desta forma, este esforço de identificação de um feixe múltiplo e flexível de relações entre identidades (*self/other*) fornece excelentes oportunidades para a legitimação dinâmica do pluralismo jurídico, sem recorrer a ficções inadequadas de hierarquia ou unidade.

Levada às últimas consequências, a ideia de constitucionalismo da diferença pode, na prática, contribuir para um maior entrelaçamento de diferentes realidades normativas e para um aumento do interesse pelo outro. Se não um interesse altruístico decorrente de um cosmopolitismo global, mas, ao menos, em razão da percepção de que a engenhosidade com que outras esferas normativas lidam com os problemas constitucionais de um “outro” pode confrontar, no interior da comunidade política, a identidade construída em relação ao “eu”.

## REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis [1991]. **Lo racional como razonable**. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1991.

ABI-SAAB, George [1999]. Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks. **New York University Journal of International Law and politics**. v. 31, 919, 1999.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba [2009]. **Manual de direito internacional público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ACKERMAN, Bruce [1997]. The rise of world constitutionalism. **Virginia Law Review**. Charlottesville, VA, USA, v. 83, n. 4, p. 771-797, may 1997.

\_\_\_\_\_; ROSENKRANTZ, Carlos F. [1991] Tres concepciones de la democracia constitucional. In: AAVV. **Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991. p. 15-34.

AFONSO, Henrique Weil [2009]. Unidade e fragmentação do direito internacional: o papel dos direitos humanos como elemento integrador. **Revista Eletrônica de Direito Internacional**, CEDIN Centro de Direito Interancional, v. 4, p. 53-90, 2009. Disponível em: <[http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume4/arquivos\\_pdf/sumario/art\\_v4\\_III.pdf](http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume4/arquivos_pdf/sumario/art_v4_III.pdf)>. Acesso em: 12 dez. 2010.

AGAMBEN, Giorgio [2004]. **Estado de exceção: homo sacer II**. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo [2007]. La internacionalización del derecho constitucional. **Estudios Constitucionales**, Santiago, ano 5, n.1, p. 223-281, jan./jul. 2007. Disponível em: <[http://www.cecoch.cl/htm/revista/revistaano\\_5\\_1\\_2007.html](http://www.cecoch.cl/htm/revista/revistaano_5_1_2007.html)>. Acesso em: 28 ago. 2010.

AGUILÓ REGLA, Josep [2000]. **Teoría general de las fuentes del derecho** (y del orden jurídico). Barcelona: Ariel, 2000.

\_\_\_\_\_. [2004a]. Sobre la constitución del estado constitucional. In: \_\_\_\_\_. **La constitución del estado constitucional**. Lima; Bogotá: Palestra; Temis, 2004. cap. 1, p. 15-62.

\_\_\_\_\_. [2004b]. Cuatro pares de concepciones opuestas de la constitución. In: \_\_\_\_\_. **La constitución del estado constitucional**. Lima; Bogotá: Palestra; Temis, 2004. cap. 2, p. 63-104.

\_\_\_\_\_. [2004c]. Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional. In: \_\_\_\_\_. **La constitución del estado constitucional**. Lima; Bogotá: Palestra; Temis, 2004. cap. 3, p. 105-152.

AHDIEH, Robert B. [2004]. Between dialogue and decree: international review of national courts. **New York University Law Review**, v. 79, n. 6, p. 101-228, 2004.

AJANI, Gianmaria [1995]. By chance and prestige: legal transplants in Russia and Eastern Europe. **The American Journal of comparative law**. Berkeley, ASCL, v. 43, n. 1, p.93-117, 1995.

ALBANESE, Susana [2008]. La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional. In: \_\_\_\_\_. (coord.). **El control de convencionalidad**. Buenos Aires: Ediar, 2008. p. 13-45.

ALENIKOFF, T. Alexander [2000]. Sovereignty Studies in Constitutional Law: A Comment. **Constitutional Commentary**, v. 17, n. 2, 197-203, 2000.

ALEXY, Robert [2005]. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica** 2.ed. Belo Horizonte: Landy, 2005.

ALFORD, Roger [2004]. Misusing international resources to interpret the constitution. **The american journal of international law**. v. 98, p. 57-69, 2004.

\_\_\_\_\_. [2005]. In search of a theory for constitutional comparativism. **University of California Los Angeles Law Review**, v. 52, n. 3, p. 640-714, feb. 2005.

\_\_\_\_\_. [2008]. Lower courts and constitutional comparativism. **Fordham Law Review**, v. 77, n. 2, p. 647-665, 2008.

ALLOT, Philip [2003]. In: WEILER, J.H.H.; WIND, M. (eds.). **European Constitutionalism beyond the state**. Cambridge: Cambridge, 2003. Epilogue: Europe and the dream of reason. p. 202-225.

AMMAN, Diane Marie [2004]. "Raise the flag and let it talk": on the use of external norms in constitutional decision making. **International Constitutional Law Review**. Oxford/UK; New York/US, v. 2, n. 4, p. 597-610, 2004.

AMSTUTZ, Marc [2005]. In-Between Worlds: *Marleasing* and the Emergence of Interlegality in Legal Reasoning. **The Europea Law Journal**, v. 11, n. 6, p. 766-784, 2005.

ANCEL, Marc [1980]. **Utilidade e métodos do direito comparado**. Porto Alegre: SAFE, 1980.

ANDERSEN, Perry [1998]. **Linhagens absolutistas do Estado absolutista**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1998.

ANDERSON, Kenneth [2005]. Foreign law and U.S. Constitution. **Policy Review**, Hoover Institution Stanford University, n. 131, p. 33-50, 2005.

ANNUS, Taavi [2004]. Comparative Constitutional Reasoning: the law and strategy of selecting the right arguments. **Duke Journal of Comparative and International Law**. Durham, North Caroline, US, Duke University, v. 14, p. 301-349, Fall 2004. Disponível em: <<http://www.law.duke.edu/journals/djcil/articles/djcil14p301.htm>>. Acesso em: 13 dez. 2006.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas [2000].

**Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AUGSBERG, Ino [2009]. The Relevance of Network Models within the Juridic Discourse. Empirical, Sociological, and Epistemological Perspectives. **German Law Journal**, v. 10, n. 4, p. 383-394, 2009.

AVBELJ, Matej [2006]. The EU and the many faces of legal pluralism toward a coherent or uniform EU legal order? **Croatian Yearbook of European Law and Policy**, University of Zagreb, v. 2, p. 377-391, 2006.

AVBELJ, Matej; KOMÁREK, Jan [2008] (eds.). Four visions of constitutional pluralism: Symposium Transcript. **Europeana Journal of Legal Studies**, v. 2, n. 1, p. 325-370, 2008.

BAQUERO CRUZ, Julio [2007]. The legacy of the Maastricht-Urteil and the pluralist movement. **EUI Working Papers RSCAS**, European University Institute, Florence, Paper n. 12, 2007.

\_\_\_\_\_. [2008]. The legacy of the Maastricht-Urteil and the pluralist movement. **European Law Journal**, v. 14, n. 4, p. 389-422, jul. 2008.

BASTOS JR, Luiz Magno Pinto [1999]. Recepção do direito comunitário europeu pelo ordenamento jurídico interno dos Estados-membros. Análise comparativa das constituições da Alemanha e Holanda. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. a. 36, n. n.144, p. 217-238, 1999.

\_\_\_\_\_. [2000a]. O papel do Tribunal de Justiça Europeu no processo de integração e a questão da mutação de competências. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. XXI, n. 41, p. 137-164, 2000.

\_\_\_\_\_. [2000b]. Possui a União Européia uma autêntica constituição? Um breve esboço sobre a natureza jurídica dos tratados de integração e o problema da legitimidade democrática. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 37, n. 147, p. 145-160, 2000.

\_\_\_\_\_. [2006]. Utilização do direito constitucional comparado na interpretação constitucional. In: LOIS, C.; LEITE, R.; BASTOS JR, L. (Orgs.). **A constituição como espelho da realidade: interpretação e jurisdição constitucional em debate: homenagem a Silvio Dobrowolski**. São Paulo: LTr, 2006. p. 62-82.

BASTOS JR, Luiz Magno Pinto; BUNN, Alini [2008]. Constitutional dialogue ad extra: the discursive practice of the Federal Supreme Court, of the use of "argument of comparative law". In: **The constitutional implications of the Regulatory State**, 2008, Londres. The constitutional implications of the Regulatory State. Londres : UCL/IACL, 2008

BASTOS JR, Luiz Magno Pinto; CAMPOS, Thiago Yukio Guenka [2009a]. Breves contornos sobre a justiça de transição. **Produção Científica do CEJURPS [Anais]**. Itajaí: Univali, 2010, p. 261-270.

\_\_\_\_\_. [2009b]. Entre as justiças retributiva e restaurativa: fragmentos em torno do debate sobre a justiça de transição. **Revista de Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, Ministério da Justiça, n. 2, p. 292-320, jul./dez. 2009.

BAXI, Upendra [2003]. The colonialist heritage. In: LEGRAND, P; MUNDAY, R (Eds). **Comparative legal studies: traditions and transitions**. Cambridge: Cambridge, 2003. p. 46-75.

BEATTY, David [2009]. Law's Golden Rule. In: PALOMBELLA, G.; WALER, N. (eds). **Relocating the rule of law**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2009. p. 99-115.

BEAULAC, Stéphane [2000]. The Westphalian legal orthodoxy: myth or reality? **The Journal of the History of International Law**, v. 2, n. 2, 148-177, 2000.

\_\_\_\_\_. [2004]. The Westphalian model in defining international law: challenging the myth. **Australian Journal of Legal History**, v. 8, n. 2, p. 181-213, 2004.

\_\_\_\_\_. [2009]. The Rule of Law in International Law Today. In: PALOMBELLA, G.; WALER, N. (eds). **Relocating the rule of law**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2009. p. 197- 221.

BEAUMONT, Paul [2002]. Human Rights: Some Recent Developments and their Impact on Convergence and Divergence of Law in Europe. In: BEAUMONT, P.; LYONS, C.; WALKER, N. (eds.). **Convergence and Divergence in European Public Law**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2002. p. 151-175.

BENTO, Leonardo Valles [2007]. **Governança global: uma abordagem conceitual e normativa das relações internacionais em um cenário de interdependência e globalização**. 2007. 575 f. Tese (Tese em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007.

BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George [2007]. The Empire's new clothes: political economy and the fragmentation of international law. **Stanford Law Review**, v. 60, n. 2, p. 595-631, Nov. 2007. Disponível em: < <http://www.stanfordlawreview.org/content/article/empires-new-clothes-political-economy-and-fragmentation-international-law>>. Acesso em: 7 nov. 2010.

BERCOVICCI, Gilberto [2003]. **Entre o estado total e o estado social: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia da República de Weimar**. 2003. Tese de livre-docência (Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito) - Universidade de São Paulo. 2003.

BERMAN, Paul Schiff [2002]. Tha globalization of jurisdiction. **University of Pennsylvania Law Review**, v.151, n. 2, p. 311-529, 2002.

\_\_\_\_\_. [2005]. Towards a cosmopolitan vision of conflict of laws: redefining governmental interests in a global era. **University of Pennsylvania Law Review**, v.153, n. 6, p. 1819-1882, 2005.

\_\_\_\_\_. [2007]. Global legal pluralism. **Southern California Law Review**, v. 80, n. 6, p. 1155-1237, 2007.

BESSON, Samantha [2009]. Whose Constitution(s)? International Law, Constitutionalism, and Democracy. In: DUNOFF, J.; TRACHTMAN, J. (eds). **Ruling the world?** Constitutionalism, International Law, and Global Governance. Cambridge: Cambridge, 2009. p. 381-408.

BETTLEM, Gerrit; NOLLKAEMPER, André [2003]. Giving effect to public international law and European community law before domestic courts: a comparative analysis of the practice of consistent interpretation. **The European Journal of International Law**, v. 14, n. 3, p. 569-589, 2003.

BICUDO, Hélio [2003]. Defesa dos direitos humanos: sistemas regionais. **Estudos Avançados** [online]. São Paulo, v. 17, n. 47, jan./abr., p. 225-236, 2003.

BLANEY, David; INAYATULLAH, Naeem [2000]. The Westphalian deferral. In: CAPORASO, J (Org.). **Continuity and change in the Westphalian order**. Malden, USA; Oxford, UK: Blackwell Publishers, 2000. p. 29-64.

BOBBIO, Norberto [1995]. **O positivo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. [1996]. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7. ed. Brasília: UNB, 1996.

BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang [2000a]. El poder constituyente del pueblo: un concepto límite del Derecho constitucional. In: \_\_\_\_\_. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000. p. 159-180.

\_\_\_\_\_. [2000b]. Origen y cambio del concepto del Estado de derecho. In: \_\_\_\_\_. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000. p. 17-46.

BODANSKY, Daniel [2004]. The Use of International Sources in Constitutional Opinion. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 32, n. 2, p. 421-428, 2004.

BONAVIDES, Paulo [1993]. **Do estado liberal ao estado social**. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

\_\_\_\_\_. [1994]. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. (Unival – São José/Biguaçu)

\_\_\_\_\_. [2007]. **Curso de direito constitucional**. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. [2009]. **Ciência política**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOSON, Gerson de Britto Mello [1996]. **Constitucionalização do direito internacional**: internacionalização do direito constitucional – direito constitucional internacional brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BRÖLMANN, Catherine [2007]. Deterritorialization in International Law: Moving Away from the Divide Between National and International Law. In: NOLLKAEMPER, A.; NIJMA, J. (eds.). **New perspectives on the divide between national and international law**. Oxford: Oxford, 2007. p. 84-109.

BROUDER, Alan [2006]. Philip C. Jessup: the original transnational lawyer. In: TIETJE, C.; BROUDER, A.; NOWROT, K. (eds.). **Philip C. Jessup's *Transnational Law* revisited**: on the occasion of the 50<sup>th</sup> anniversary of its publication. Halle, Germany: Institute for Economic Law, 2006. p. 7-16.

BROWNLIE, Ian [1997]. **Princípios de direito internacional público**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

BURKE-WHITE, William [2004]. International legal pluralism. **Michigan Journal of International Law**, v. 25, n. 4, p. 963-979, 2004.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de [2007]. **Uma teoria normativa do precedente judicial**: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica. Tese (Doutorado), Programa de PósGraduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

CALLIESS, Christian [2007]. Europe as Transnational Law – The Transnationalization of Values by European Law. **German Law Journal**, v. 10, n. 10, 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes [2002]. A soberania dividida. In: FERRAJOLI, Luigi [2002]. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. vii-xii.

CANARIS, Claus-Wihelm [1996]. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 1996.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto [2002a]. Os rumos do direito internacional contemporâneo: de um *jus inter gentes* a um novo *jus gentium* no século XXI. In: \_\_\_\_\_. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1039-1109.

\_\_\_\_\_. [2002b]. Reflections on international law-making customary international law and the reconstruction of *jus gentium*. In: \_\_\_\_\_. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 77-90.

\_\_\_\_\_. [2003]. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v. 1.

CANOTILHO, J.J. Gomes [1999]. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. [2008]. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2008

CAPORASO, James [2000]. Changes in the Westphalian order: territory, public authority, and sovereignty. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Continuity and change in the Westphalian order**. Malden, USA; Oxford, UK: Blackwell Publishers, 2000. p. 1-28.

CAPPELLETTI, Mauro [1999]. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CAPPS, Patrick [2007]. The rejection of the universal state. In: TSAGOURIAS, N. (ed.). **Transnational Constitutionalism: International and European Models**. Cambridge: Cambridge, 2007. p. 17-43.

CAREY-MILLER, David [2002]. South-Africa: a world in one country on the long road to reality. n: HARDING, A.; ÖRÜCÜ, E. (eds.). **Comparative law in the 21<sup>st</sup> century**. London; The Hague; New York: Kluwer Academic Publishers, 2002. p. 281-304.

CARTY, Anthony [1991]. Critical international law: recent trends in the theory of international law. **The European Journal of International Law**, v. 2, p. 1-27, 1991.

CASELLA, Paulo Borba [2009]. **Direito internacional dos espaços**. São Paulo: Atlas, 2009.

CASINI, Lorenzo [2010]. The making of a *lex sportiva*: the Court of Arbitration for Sport “the provider”. **Institute for International Law and Justice Working Paper**, Global Administrative Law Serie, New York University, Paper n. 2010/5, 10.5.2010. Disponível em: <<http://www.iilj.org/publications/documents/2010-5.Casini.pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2011.

CASSESE, Antonio [1990]. Remarks on Scelle’s theory of ‘role splitting’ (*dédoublement fonctionnel*) in International Law. **The European Journal of International Law**, v. 1, n. 1, p. 210-231, 1990.

CASTANHEIRA, Fernando Henrique [2007]. Impactos da difusão de regimes internacionais autônomos no direito internacional contemporâneo. In: SIMPÓSIO EM RELAÇÕES INTERNACIONAIS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM RELAÇÕES INTERACIONAIS SAN TIAGO DANTAS, 1, 2007, São Paulo. **Anais eletrônicos...** São Paulo: UNESP; UNICAMP; PUC-SP, 2007. Disponível em: <<http://www.santiagodantassp.locaweb.com.br/br/simp/edicoes.html>>

\_\_\_\_\_. [2009]. Fragmentação do direito internacional e law making no campo jurídico internacional contemporâneo. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, n. 25, p. 63-78, 2009.

CASTELLS, Manuel [2003]. **A sociedade em rede**. 7.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

CHARNEY, Jonathan I [1998]. Is International Law Threatened By Multiple International Law Tribunals? **Recueil des Cours**, The Hague Academy of International Law, v. 271, 101-382, 1998.

CHILDRESS III, Donald E. [2003]. Using comparative constitutional law to resolve domestic federal questions. **Duke Law Journal**, v. 53, p. 193-221, 2003.

CHOUDHRY, Sujit [1999]. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation. **Indiana Law Journal**, v. 74, n.3, p. 819-948, Summer 1999.

\_\_\_\_\_. [2006]. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: \_\_\_\_\_. (ed). **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 1-36.

CITTADINO, Gisele [1999]. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: elementos de filosofia constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CLEVELAND, Sarah H. [2006]. Our international constitution. **The Yale Journal of International Law**, v. 31, n. 1, p. 1-125, 2006.

COHEN, Jean L. [2008]. A global state of emergence or the further constitutionalization of international law: a pluralist approach. **Constellations**, v. 15, n. 4, p. 456-484, 2008.

CONSTANT, Benjamin [1985]. A Liberdade dos Antigos Comparada com a dos Modernos. **Revista Filosofia Política**, Porto Alegre, L&PM, n. 2, 1985. Disponível em:  
<http://caosmose.net/candido/unisinos/textos/benjamin.pdf>.

CONSTANTINESCO, Léontin-Jean [1972]. **Traité de droit comparé**. Paris: Librairie générale de droit et jurisprudence, 1972. tome I.

\_\_\_\_\_. [1974]. **Traité de droit comparé**. Paris: Librairie générale de droit et jurisprudence, 1974. tome II.

COTTERRELL, Roger [2007]. Is it so Bad to be different? Comparative law and the appreciation of diversity. In: ÖRÜCÜ, E.; NELKEN, D. (Eds.). **Comparative law: a handbook**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2007. p. 133-154.

\_\_\_\_\_. [2009]. Spectres of Transnationalism: Changing Terrains of Sociology of Law. **Legal Studies Research Paper**, London, Queen Mary University of London, paper n. 32/2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1476954>.

COTTIER, Thomas [2009]. Multilayered governance, pluralism, and moral conflict. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 16, n. 2, p. 647-679, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza [2004]. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo [2009]. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacional. **Revista Eletrônica do CEJUR**, Curitiba, v.1, n. 4, 2009. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/cejur/article/view/15054/11488>. Acesso em: 17 dez. 2009.

CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real [2008]. A crise financeira mundial, o Estado e a democracia econômica. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 13, n. 2, p. 9-21, jul./dez. 2008.

CUNHA, Paulo Ferreira da [2002]. **Teoria da Constituição: mitos, memórias, conceitos**. Lisboa, São Paulo: Editorial Verbo, 2002.

CURRAN, Vivian Grosswald [2006]. Comparative law and language. In: REIMANN, M.; ZIMMERMANN, R. (eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: OUP, 2006. p. 675-708.

CURTIN, Deirdre; DEKKER, Ige [2002]. The Constitutional Structure of the European Union: Some Reflections on Vertical Unity-in-Diversity. In: BEAUMONT, P.; LYONS, C.; WALKER, N. (eds.). **Convergence and Divergence in European Public Law**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2002. p. 59-77.

CUTLER, A. Claire [2001]. Critical reflections on the Westphalian assumptions of international law and organization: a crisis of legitimacy. **Review of International Studies**, Cambridge Journals, v. 27, n. 2, p. 133-150, 2001.

CUTTITTA, Paolo [2006]. Points and lines: a topography of borders in global space. **Ephemera: theory and politics in organization**. v. 6, n. 1, p. 27-39, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu [2001]. **Elementos de teoria geral do Estado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DAMMANN, Jens [2002]. The role of comparative law in statutory and constitutional interpretation. **St. Thomas Law Review**, Miami, v. 14, n. 3, p. 513-559, 2002.

DAVI, René [1996]. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DAVIES, Gareth [2010]. Constitutional Disagreement In Europe And The Search For Pluralism. **Eric Stein Working Paper**, Czech Society for European and Comparative Law, Paper n. 1, 2010. Disponível em: <http://www.ericsteinpapers.eu>.

DE BÚRCA, Gráinne [2002]. Convergence and Divergence in European Public Law: The Case of Human Rights. In: BEAUMONT, P.; LYONS, C.; WALKER, N. (eds.). **Convergence and Divergence in European Public Law**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2002. p. 131-149.

\_\_\_\_\_. [2003]. Sovereignty and the supremacy doctrine of the European Court of Justice. In: WALKER, Neil (ed.). **Sovereignty in transition**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2003. p. 449-460.

DE BÚRCA, Gráinne; WALKER, Neil [2003]. Law and transnational civil society: upsetting the agenda? **European Law Journal**, v. 9, n. 4, p. 387-400, 2003.

DE WET, Erika [2006]. The international constitutional order. **International and Comparative Law Quarterly**. v. 55, n. 1, p. 51-76, 2006.

\_\_\_\_\_. [2007]. The emerging International Constitutional Order: the implications of hierarchy in international law for the coherence and legitimacy of international decision-making. **Potchefstroom Electronic Law Journal**, v. 10, n. 2, p. 21-46, 2007. Disponível em: <<http://www.puk.ac.za/opencms/export/PUK/html/fakulteite/regte/per/issues.html>>

DELMAS-MARTY, Mireille [2003]. **Três desafios para um direito mundial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. [2004]. Comparative law and the internationalisation of law in Europe. In: VAN HOECKE, M. (ed.). **Epistemology and methodology of comparative law**. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 247-258.

\_\_\_\_\_. [2006]. **Le pluralisme ordonné**: les forces imaginantes du droit (II) . Paris: Seuil, 2006.

\_\_\_\_\_. [2009]. **Ordering pluralism**: a conceptual framework for understanding the transnational legal world. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2009.

DESPOUY, Leandro O [2007]. Perspectives on Judicial Dialogue and Cooperation: Keynote Address. **Harvard International Law Journal On line**. v. 48, n. 1, p. 48-53, 2007. Disponível em: <<http://www.harvardilj.org/online/107>>

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti [2000]. **Introducción al derecho constitucional comparado**: las “formas de Estado” y las “formas de gobierno”, las constituciones modernas. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

DOBROWOLSKI, Sílvio [2005]. Direitos decorrentes – art. 5º, parágrafo 2º da Constituição de 1988. **Revista Amicus Curie**, Criciúma, n. 2, p.11-39, 2005.

DOLINGER, Jacob [1990]. The influence of American Constitutional law on the Brazilian Legal System. **The American Journal of Comparative Law**, v. 38, p. 803-837, 1990.

DOYLE, Michael W. [2009]. The UN Charter: a global constitution? In: DUNOFF, J.; TRACHTMAN, J. (eds). **Ruling the world?** Constitutionalism, International Law, and Global Governance. Cambridge: Cambridge, 2009.p. 113-131.

DROBNIG, Ulrich [1999]. The use of comparative law by courts. In: DROBNIG, U.; VAN ERP, S. (eds.). **The use of comparative law by courts**. Kluwer Law International, 1997. p. 3-24.

DROBNIG, Ulrich; VAN ERP, Sjeff (org.) [1997]. **The use of comparative law by courts**. Kluwer Law International, 1997.

DUNOFF, Jeffrey L. [2009]. The Politics of International Constitutions: The Curious Case of the World Trade Organization. In: DUNOFF, J.; TRACHTMAN, J. (eds). **Ruling the world?** Constitutionalism, International Law, and Global Governance. Cambridge: Cambridge, 2009. p. 178-205.

DUNOFF, Jeffrey; TRACHTMAN, Joel [2009]. A functional approach to international constitutionalization. In: DUNOFF, J.; TRACHTMAN, J. (eds). **Ruling the world?** Constitutionalism, International Law, and Global Governance. Cambridge: Cambridge, 2009. p. 3-36.

DUPRÉ, Catherine [2002]. The importation of law: a new comparative perspective and the Hungarian constitutional court. In: HARDING, A.; ÖRÜCÜ, E. (eds.). **Comparative law in the 21<sup>st</sup> century**. London; The Hague; New York: Kluwer Academic Publishers, 2002. p. 267-280.

\_\_\_\_\_. [2003]. **Importing the law in post-communist transitions: the Hungarian constitutional court and the right to human dignity.** Oxford: Hart Publishing, 2003.

DUPRET, Baudouin [2007]. Legal Pluralism, Plurality of Laws, and Legal Practices: Theories, Critiques, and Praxiological Re-specification. **European Journal of Legal Studies**, European University Institute, v. 1, n. 2, 2007. Disponível em: < <http://www.ejls.eu/1/14UK.pdf>>.

DUPUY, Pierre-Marie [1999]. The danger of fragmentation or unification of the international legal system and the International Court of Justice. **International Law and Politics**, New York University, v. 31, n. 4, p. 791-807, 1999.

DURÃO, Aylton Barbieri [2006]. A tensão entre faticidade e validade no Direito segundo Habermas. **Ethic@: Revista internacional de filosofia da moral**, Universidade Federal de Santa Catarina, NEFIPO, Florianópolis, v.5, n.1, p. 103-120, 2006.

DWORKIN, Ronald [2002]. **Levando os Direitos a Sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002

ELEFTHERIADIS, Pavlos [2003]. Cosmopolitan law. **European Law Journal**, v. 9, n. 2, p. 241-263, 2003.

\_\_\_\_\_. [2007]. The standing of states in the European Union. In: TSAGOURIAS, N. (ed.). **Transnational Constitutionalism: International and European Models.** Cambridge: Cambridge, 2007. p. 44-69.

ELEFTHERIADIS, Pavlos [2010]. Puralism and integration. **Ratio Juris**, v. 23, n. 3, p. 365-389, sept. 2010.

ELSTER, Jon [1991]. Constitutionalism in Eastern Europe: an introduction. **University of Chicago Law Review**, v. 58, n. 2, p. 447-482, 1991.

\_\_\_\_\_. [2000]. **Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints.** Cambridge: Cambridge, 2000.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack [2003]. Constitutional borrowing and nonborrowing. **Internatioanl Journal of Constitucional Law**, v. 1, n. 2, p. 196-223, 2003.

ESTEVEES, Paulo [2006]. Para uma genealogia do Estado territorial soberano. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 27, p. 15-32, nov. 2006.

EWALD, William [1998]. The jurisprudential approach to comparative law: a field guide to "rats". **The American Journal of comparative law**. Berkeley, ASCL, v. 46, n. 4, p.701-708, 1998.

FALK, Richard [2002]. Revisiting Westphalia, discovering Westphalia. **The Journal of Ethics: an international philosophical review**, Springer Netherlands, v. 6, n. 4, p. 311-352, dec. 2002.

FARIA, José Eduardo [1999]. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FASSBENDER, Bardo [1998]. The United Nations Charter as constitution of the international community. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 36, p. 529-619, 1998.

\_\_\_\_\_. [2003]. Sovereignty and constitutionalism in International Law. In: WALKER, Neil (ed.). **Sovereignty in transition**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2003. p. 115-143.

\_\_\_\_\_. [2007]. The meaning of international constitutional law. In: TSAGOURIAS, N. (ed.). **Transnational Constitutionalism: International and European Models**. Cambridge: Cambridge, 2007. p. 307-327.

\_\_\_\_\_. [2010]. Rediscovering a Forgotten Constitution: Notes on the Place of the UN Charter in the International Legal Order. In: DUNOFF, J.; TRACHTMAN, J. (eds). **Ruling the world?(...)**p. 133-147.

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

FERRARESE, Maria Rosaria [2009]. When national actors become transnational: transjudicial dialogue between democracy and constitutionalism. **Global Jurist: frontiers**, v. 9, n. 1, article 2, 2009. Disponível em: <<http://www.bepress.com/gj/vol9/iss1/art2>>.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio [1994]. **Introdução ao estudo de direito: técnica decisão, dominação**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. [1999]. **O poder constituinte**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIDLER, David [2008]. A theory of open-source anarchy. **Indiana Journal of Global Studies**, v. 15, n. 1, p. 259-284, 2008.

FIORAVANTI, Maurizio [1998]. **Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones**. 2.ed. Madrid: Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_. [2001]. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trotta, 2001.

FISCHER-LESCANO, Andreas [2004]. Themis Sapiens: Comments on Inger-Johanne Sand In: JOERGES, C.; SAND, I.-J.; TEUBNER, G. (eds.). **Transnational Governance and constitutionalism**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2004. p. 67-80.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther [2004a]. Regime collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of Global law. **Michigan Journal of International Law**, v. 25, n. 4, p. 999-1046, 2004.

\_\_\_\_\_. [2004b]. Reply to Andreas L. Paulus: consensus as fiction of Global law. **Michigan Journal of International Law**, v. 25, n. 4, p. 1059-1073, 2004.

FLEINER-GERSTER, Thomas [2006]. **Teoria geral do estado**. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FLETCHER, George P [1998]. Comparative law as a subversive discipline. **The American Journal of comparative law**. Berkeley, ASCL, v. 46, n. 4, p.683-700, 1998.

FONTANA, David [2001]. Refined constitutionalism in constitutional law. **University of California Los Angeles Law Review**, v. 49, n. 3, p. 539-623, 2001.

FONTANELLI, Filippo; MARTINICO, Giuseppe [2008]. Alla ricerca della coerenza: la tecniche del <dialogo nascosto> fra i giudice nell'ordenamento costituzionale multi-livello. **Rivista trimestrale di diritto pubblico**, Milano, n. 2, p. 351-38, 2008.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano [2007]. Westphalia: a paradigm? a dialogue between Law, art and philosophy os science. **The German Law Journal**, v.8, n. 10, p. 955-976, 2007.

\_\_\_\_\_. [2009]. O paradigma vestefealiano e o estado contemporâneo: o que 1648 tem ainda a dizer em 2008? In: NOVELINO, M; ALMEIDA FILHO, A. (Orgs.). **Leituras complementares de direito constitucional: teoria do Estado**. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 69-93.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo [1958]. **Curso de direito constitucional brasileiro: teoria geral**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. v.1.

FRANKENBERG, Günther [1985]. Critical comparisons: re-thinking comparative law. **Harvard International Law Journal**, v. 6, p. 411-445, 1985.

\_\_\_\_\_. [2000]. Tocqueville's question: the role of a constitution in the process of integration. **Ratio Juris**, v. 13, n. 1, p. 1-30, 2000.

\_\_\_\_\_. [2006]. Comparing constitutions: ideas, ideals, and ideology: toward a layered narrative. **International Journal of Comparative Law**, New York/US, Oxford Journals/New York University School of Law, v. 4, n. 3, p. 439-459, jul. 2006.

\_\_\_\_\_. [2007]. **A gramática da constituição e do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FRASER, Nancy [2009]. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. **Lua Nova**: revista de cultura e política. CEDEC, n. 77, p. 11-39, 2009.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila [2004]. **As normas imperativas de direito internacional público *jus cogens***. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

\_\_\_\_\_. [2008]. Proteção dos direitos humanos: constitucionalização do direito internacional ou internacionalização do direito constitucional? **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba, v. 8, n. 8, p. 4-21, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/dint/article/view/16128/10846>>. Acesso em 15 ago. 2010.

FUENTES TORRIJO, Ximena [2007]. International law and domestic law: definitely an odd couple. **SELA – Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política**, Yale Law School, San Juan, Puerto Rico. (complementar a referência)

GALINDO, Bruno César Machado Torres [2004]. **Constituição e integração interestatal**: defesa de uma teoria intercultural da Constituição. 2004. 453 f. Tese (Tese em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.

GARCIA, Frank J. [1996]. Review of Legal polycentricity and international law (By Surya P. Sinha). **Virginia Journal of International Law**, v. 36, n. 4, p. 1085-1097, 1996.

GARCÍA-PELAYO, Manuel [1993]. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza Universidad, 1993.

GARDBAUM, Stephan [2009]. Human Rights and International Constitutionalism. In: DUNOFF, J.; TRACHTMAN, J. (eds). **Ruling**

**the world?** Constitutionalism, International Law, and Global Governance. Cambridge: Cambridge, 2009. p. 233-257.

GARGARELLA, Roberto [2008]. **As Teorias de Justiça Depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GARLICKI, Lech [2007]. Constitutional courts versus supreme courts (Symposium In honor of the late Louis Favoreu). **International Journal of Constitutional Law**. v. 5, n. 1, p. 44-68, 2007.

GARLICKI, Lech [2008]. Cooperation of courts: the role of supranational jurisdictions in Europe. **International Journal of Constitutional Law**, v. 6, n. 3-4, p. 509-530, 2008.

GAUDREAU-DESBIENS, Jean-François [2007]. Underlying principles and the migration of reasoning templates: a trans-systemic reading of the *Québec Secession Reference*. In: CHOUDHRY, S. (ed). **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 178-208.

GERBER, David J. [2001]. Globalization and legal knowledge: implications for comparative law. **Tulane Law Review**, v. 75, n. 4, p. 949-975, 2001.

GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella [2010]. O direito internacional entre dois pós-modernismos: a ressignificação das relações entre direito internacional e direito interno. **Revista Eletrônica de Direito Internacional**, v. 6, p. 42-90, jan./jul. 2010. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume6>>. Acesso em: 9 ago. 2010.

GIDDENS, Anthony [2001]. **O Estado-Nação e a violência**. São Paulo: EdUSP, 2001.

\_\_\_\_\_. [2003]. The Globalizing of Modernity. In: HELD, D.; MCGREW, A.(eds.). **The global transformations reader**: an introduction to the globalization debate. 2.ed. Cambridge; Malden: Polity Press, 2003. p. 60-66.

GLENDON, Marie-Anne [2005]. Judicial Tourism: what's wrong with the U.S. Supreme Court citing foreign law. **Wall Street Journal**, Sept. 16, 2005. Disponível em: [http://www.law.harvard.edu/news/2005/09/16\\_glendon.html](http://www.law.harvard.edu/news/2005/09/16_glendon.html). Acesso em: 12 set. 2009.

GLENN, H. Patrick [1987]. Persuasive Authority. **McGill Law Journal**, v. 32, p. 261-299, 1987.

\_\_\_\_\_. [2003]. The nationalist heritage. In: LEGRAND, P; MUNDAY, R (Eds). **Comparative legal studies: traditions and transitions**. Cambridge: Cambridge, 2003. p. 76-99.

\_\_\_\_\_. [2007a]. **Legal traditions of the world**. 3. ed. Oxford: OUP, 2007.

\_\_\_\_\_. [2007b]. Com-paring. In: ÖRÜCÜ, E.; NELKEN, D. (Eds.). **Comparative law: a handbook**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2007. p. 91-108.

GOLDMANN, Mathias [2009]. Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority. In: VON BOGDANDY, A.; WOLFRUM, R.; VON BERNSTORFF, J; DANN, P.; GOLDMANN, M. (eds.). **The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional Law**. Heidelberg: Springer, 2009. p. 661-711.

GOLDSWORTHY, Jeff [2007]. Questioning the migration of constitutional ideas: rights, constitutionalism and the limits of convergence. In: CHOUDHRY, S. (ed). **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p.115-141.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar [2006]. Siete cuestiones sobre las relaciones entre el derecho internacional público y el derecho interno y su aplicación al ordenamiento brasileño. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 40, n. 45, p. 79-125, jan./jun. 2006.

GORDON, Kelly [2008]. The origins of the Westphalian Sovereignty. **Senior Seminar Thesis Papers**, Western Oregon University, Spring

2008. Disponível em:

<<http://www.wou.edu/las/socsci/history/thesis%2008/KellyGordonWestphalianSovereignty.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2009.

GOYARD-FABRE, Simone [1999]. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRABENWARTER, Christoph [2006]. National Constitutional Law Relating to the European Union. In: VON BOGDANDY, A.; BAST, J. (eds.). **Principles of European Constitutional Law**. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2006. p. 95-143.

GRAZIADEI, Michele [2003]. The functionalist heritage. In: LEGRAND, P; MUNDAY, R (Eds). **Comparative legal studies: traditions and transitions**. Cambridge: Cambridge, 2003. p. 100-127.

\_\_\_\_\_. [2006]. Comparative Law as the study of transplants and receptions. In: REIMANN, M.; ZIMMERMANN, R. (eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: OUP, 2006. p. 441-476.

GRIFFITHS, John [1986]. What is legal pluralism? **The Journal of Legal pluralism and Unofficial Law**, University of Birmingham, v. 24, p. 1-55, 1986.

GROSS, Leo [1948]. The Peace of Westphalia, 1648-1948. **American Journal of International Law**, American Society of International Law, v. 42, n. 1, p. 20-41, Jan. 1948.

GROTE, Rainer [1998]. Rule of law, Rechtsstaat and “etat de droit”. In: STARCK, C. (ed.). **Constitutionalism, universalism and democracy: a comparative analysis**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998. p. 269-306.

\_\_\_\_\_. [2004]. Comparative law and law teaching through the case method in the civil law tradition – a german perspective. **Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados**. Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM. Ciudad del México, 30 enero de 2004. Disponível em:

<[http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/docs\\_bd/pub%20otras%20entidades/ijj%20unam/mesa10/246s.pdf](http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/docs_bd/pub%20otras%20entidades/ijj%20unam/mesa10/246s.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2005.

GUASTINI, Ricardo [1999]. **Distinguiendo**. Estudios de teoria y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999.

\_\_\_\_\_. [2005]. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUERRA, Marcel Vitor de Magalhães e; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges [2010]. Influências do *commom law* no Brasil: questão relacionada ao *forum shopping*: afinal, é possível a um juiz nacional derrogar sua competência internacional com base na doutrina estrangeira do *forum non conveniens*? In: XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaeza. **Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2010. p. 3707-3716.

GÜNTHER, Klaus [1993]. **The sense of appropriateness**: application discourses in morality and law. Albany: State University of New York Press, 1993.

\_\_\_\_\_. [2008]. Legal pluralism or uniform concept of law? Globalisation as a problem of legal theory. **No Foundations: Journal of Extreme Legal Positivism**, Helsinki, n. 5, p. 5-21, apr. 2008.

HÄBERLE, Peter [1993]. Derecho constitucional común europeo. **Revista de estudios políticos**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n. 79, p. 7-46, 1993.

\_\_\_\_\_. [1996]. Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica. In: PÉREZ-LUÑO, A.E. (Org.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 151-185.

\_\_\_\_\_. [1997a]. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: SAFE, 1997.

\_\_\_\_\_. [1997b]. **La libertad como fundamento del Estado Constitucional**. Lima: Fondo Editorial da PUC-Peru, 1997.

\_\_\_\_\_. [1998]. **Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional**. Madrid: Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_. [2000]. **Teoría de la constitución como ciencia de la cultura**. Madrid: Tecnos, 2000.

\_\_\_\_\_. [2001]. **El estado constitucional**. Trad. Héctor Fix-Ferrero. México: UNAM, 2001.

\_\_\_\_\_. [2002]. **Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2001.

\_\_\_\_\_. [2003]. Mexico y los contornos de un derecho constitucional común americano: un jus commune americanum. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus (Orgs.). **De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano**. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: UNAM, 2003. p. 1-83.

\_\_\_\_\_. [2007]. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HABERMAS, Jürgen [1997]. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

\_\_\_\_\_. [2004]. **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

\_\_\_\_\_. [2008]. The constitutionalization of international law and the legitimation problems of a constitution for world society. **Constellations**, v. 15, n. 4, p. 444-455, 2008.

HAFNER, Gerhard [2004]. Pros and cons ensuing from fragmentation of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 25, n. 4, p. 849-863, 2004.

HAGGARD, Stephan; SIMMONS, Beth A. [1987]. Theories of international regimes. **International organization**, v. 41, n. 3, p. 491-517, sum. 1987.

HALBERSTAM, Daniel [2009]. Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States. In: DUNOFF, J.; TRACHTMAN, J. (eds). **Ruling the world?** Constitutionalism, International Law, and Global Governance. Cambridge: Cambridge, 2009. p. 326-355.

HAMANN, Andrea; FABRI, H el ene Ruiz [2008]. Transnational networks and constitutionalism. **International Journal of Constitutional Law**, v. 6, n. 3-4, p. 481-508, 2008.

HARDING, Sarah [2003]. Comparative reasoning and judicial review. **The Yale Journal of International Law**, v. 28, n. 2, p. 409-464, 2003.

HARLOW, Carol [2002]. Voices of Difference in a Plural Community. In: BEAUMONT, P.; LYONS, C.; WALKER, N. (eds.). **Convergence and Divergence in European Public Law**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2002. p. 199-223.

HART, Herbert L. A. [2007]. **O conceito de direito**. 5.ed. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 2007.

\_\_\_\_\_. [2009]. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HASEBE, Yasuo [2003]. Constitutional borrowing and political theory. **International Journal of Constitutional Law**, v. 1, n. 2, p. 224-243, 2003.

HASENCLEVER, Andreas; MAYER, Peter; RITTBERGER, Volker [2000]. Integrating theories of international regimes. **Review of international studies**, v. 26, n. 1, p. 3-33, 2000.

HELD, David [2002]. 'What Hope for the Future?: Learning the Lessons of the Past'. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 9, n. 2, p. 381-399, 2002.

\_\_\_\_\_. [2003]. The changing structure of international law: sovereignty transformed? HELD, D.; MCGREW, A.(eds.). **The global transformations reader: an introduction to the globalization debate.** 2.ed. Cambridge; Malden: Polity Press, 2003. p. 162-176.

HELD, David; MCGREW, Anthony [2003]. The great globalization debate: an introduction. In: \_\_\_\_\_. (eds.). **The global transformations reader: an introduction to the globalization debate.** 2.ed. Cambridge; Malden: Polity Press, 2003. p. 1-50.

HELPER, Lawrence; SLAUGHTER, Anne-Marie [1997]. Toward a theory of effective supranational adjudication. **The Yale Law Journal.** New Haven, CT, v. 107, n. 2, p. 273-391, nov 1997.

HELLER, Hermann [1968]. **Teoria do Estado.** Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad [1998]. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: SAFE, 1998.

HILLS, Roderick [2006]. Federalism as Westphalian Liberalism. **Fordham Law Review**, New York, v. 75, n. 2, p. 769-798, 2006.

HIRSCHL, Ran [2006]. On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, S. (ed). **The migration of constitutional ideas.** Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 39-66.

\_\_\_\_\_. [2007]. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism.** Cambridge: Harvard University Press, 2007.

HOBBS, Thomas [2003]. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil.** I, 6. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOLMES, Stephan [1993]. Precommitment and the paradox of democracy. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (eds.). **Constitutionalism and democracy.** Cambridge: Cambridge Press, 1993. p. 195-240.

\_\_\_\_\_. [1997]. Gag rules or the politics of omission. In: ELSTER, J., SLAGSTAD, R. (ed.). **Constitutionalism and democracy: studies in rationality and social change**. Cambridge, UK: Cambridge Press, 1997. p. 19-58.

ILC/ONU - INTERNATIONAL LAW COMMISSION [A/61/10, 2006]. Fragmentation of international Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. In: \_\_\_\_\_. **Report of the International Law Commission: Fifty-eight session (1 May to 9 June and 3 July to 11 August 2006)**. New York: General Assembly of United Nations, Official Records, 61<sup>st</sup> Session, suppl. 10, 2006. p. 400-423. cap. 12.

ILIOPOULOS-STRANGAS, Julia [2007]. (ed.). **Cours suprêmes nationaux et cours européennes: concurrence ou collaboration?** Athènes: Sakkoulas; Bruxelles: Bruylant, 2007.

JACKSON, Donald W. [2005]. Sovereignty, transnational constraints, and universal criminal jurisdiction. In: VOLCANSEK, M.; STACK JR, J. (eds.). **Courts crossing borders: blurring the lines of sovereignty**. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2005. p. 159-182.

JACKSON, Vicki [2001]. Narratives of federalism: of continuities and comparative constitutional experience. **Duke Law Journal**, v. 51, n. 1, p. 223-288, 2001.

\_\_\_\_\_. [2003]. Transnational discourse, relational authority, and the U.S. Court: gender equality. **Loyola of Los Angeles Law Review**, v. 37, n. 2, p. 271-361, 2003.

\_\_\_\_\_. [2006]. Constitution as “living trees”? Comparative constitutional law and interpretative metaphors. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, p. 921-960, 2006.

\_\_\_\_\_. [2010]. **Constitutional engagement in a transitional era**. Oxford: Oxford, 2010.

JACKSON, Vicki; TUSHNET, Mark [1999]. **Comparative constitutional law**. New York: Foundation Press, 1999.

JACOBSON, Gary Jeffrey [2004]. The permeability of constitutional borders. **Texas Law Review**, v. 82, n. 7, p. 1763-1818, 2004.

\_\_\_\_\_. [2010]. **Constitutional identity**. Cambridge, MA; London: Harvard University Press, 2010.

JAKAB, András [2006]. Neutralizing the sovereignty question. **European Constitutional Law Review**, v. 2, n. 3, p. 375-397, 2006.

JAYASURIYA, Kanishka [1999]. Globalization, Law, and the Transformation of Sovereignty: The Emergence of Global Regulatory Governance. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v.6, n. 2, p. , 425-455, 1999.

JELLINEK, Georg [2005]. **Teoría general del estado**. Buenos Aires : BbeF, 2005.

JESSUP, Philip [1965]. **Direito transnacional**. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.

JOERGES, Christian [2004]. Constitutionalism and transnational governance: exploring a magic triangle. In: JOERGES, C.; SAND, I.-J.; TEUBNER, G. (eds.). **Transnational Governance and constitutionalism**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2004. p. 339-375.

\_\_\_\_\_. [2005]. Rethinking European Law's Supremacy: A Plea for a Supranational Conflict of Laws. **EUI Working Paper Law**, European University Institute, Florence, Paper n. 2005/12, 2005.

\_\_\_\_\_. [2006]. Constitutionalism in Postnational Constellations: Contrasting Social Regulation in the EU and in the WTO. In: JOERGES, C.; PETERSMANN, E-U. (eds.). **Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2006.p. 491-527.

\_\_\_\_\_. [2007]. Conflict of laws as constitutional form: reflections on the International Trade Law and the Biotech Panel Report. **RECON Online Working Paper Series**, Working Paper n. 2007/03, 2007. Disponível em:

<[http://www.reconproject.eu/main.php/RECON\\_wp\\_0703.pdf?fileitem=5456959](http://www.reconproject.eu/main.php/RECON_wp_0703.pdf?fileitem=5456959)>

\_\_\_\_\_. [2010]. The idea of three-dimensional conflicts law as constitutional form. **RECON Online Working Paper Series**, Working Paper n. 20010/05, 2010. Disponível em: [www.reconproject.eu/main.php/projects/portalprojec](http://www.reconproject.eu/main.php/projects/portalprojec).

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de [2009]. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KARAVAS, Vaios; TEUBNER, Gunther [2003]. *http://www.CompanyNameSucks.com*: The horizontal effects of fundamental rights on “private parties” within autonomous internet law. **German Law Journal**, v. 4, n. 12, p. 1335-1358, 2003.

KEATING, Michael [2002] Europe’s Changing Political Landscape: Territorial Restructuring and New Forms of Government. In: BEAUMONT, P.; LYONS, C.; WALKER, N. (eds.). **Convergence and Divergence in European Public Law**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2002. p. 3-18.

KEHOANE, Robert O. [2003]. Sovereignty in international society. In: HELD, D.; MCGREW, A.(eds.). **The global transformations reader: an introduction to the globalization debate**. 2.ed. Cambridge; Malden: Polity Press, 2003. p. 147-161.

KELSEN, Hans [1998]. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. [2003]. **O Estado como integração**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. [2005]. **Teoria geral do direito e do estado**. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. [2010]. **Princípios do direito internacional**. Ijuí: Unijuí, 2010.

KENNEDY, David [2003]. The methods and the politics. In: LEGRAND, P; MUNDAY, R (Eds). **Comparative legal studies: traditions and transitions**. Cambridge: Cambridge, 2003. p. 345-433.

\_\_\_\_\_. [2009]. The Mystery of Global Governance. In: DUNOFF, J.; TRACHTMAN, J. (eds). **Ruling the world? Constitutionalism, International Law, and Global Governance**. Cambridge: Cambridge, 2009. p. 37-68

KEOHANE, Robert O.; NYE JR, Joseph S. [2003]. Globalization: What's new? What's not? (And So What?). In: HELD, D.; MCGREW, A.(eds.). **The global transformations reader: an introduction to the globalization debate**. 2.ed. Cambridge; Malden: Polity Press, 2003. p. 75-83.

KIIKERI, Markku [2001]. **Comparative legal reasoning and European law**. Dordrecht: Kluwer, 2001. Law and philosophy library, v. 50.

KINGREEN, Thorsten [2006]. Fundamental freedoms. In: VON BOGDANDY, A.; BAST, J. (eds.). **Principles of European Constitutional Law**. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2006. p. 549-585.

KIRSCHHOF, Paul [2006]. The Legal Structure of the European Union as a Union of States. In: VON BOGDANDY, A.; BAST, J. (eds.). **Principles of European Constitutional Law**. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2006. p. 765-802.

KLEINFELD, Rachel; NICOLAÏDIS, Kalypso [2009]. Can a Post-colonial Power Export the Rule of Law? In: PALOMBELLA, G.; WALER, N. (eds). **Relocating the rule of law**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2009. p. 139-169.

KLEINHEISTERKAMP, Jan [2006]. Development of comparative Law in Latin America. In: REIMANN, M.; ZIMMERMANN, R. (eds.). **The**

**Oxford Handbook of Comparative Law.** Oxford: OUP, 2006. p. 261-304.

KLUG, Heinz [2005]. Transnational human rights: exploring the persistence and globalization of human rights. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 1, p. 85-103, 2005.

KOH, Harold Hongju [2004]. International Law as Part of Our Law. **The American Journal of International Law**, American Society of International Law, v. 98, n. 1, p. 43-57, 2004. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3139255>>. Acesso em: 12 jun. 2009

\_\_\_\_\_. [2006]. Why transnational law matters? **Penn State International Law Review**, v. 24, n. 4, p. 745-733, 2006.

KOMÁREK, Jan [2010]. Institutional Dimension Of Constitutional Pluralism. **Eric Stein Working Paper**, Czech Society for European and Comparative Law, Paper n. 3, 2010. Disponível em: <http://www.ericsteinpapers.eu>.

KONTOPOULOS, Kyriakos M. [1993]. **The logics of social structure.** Cambridge: Cambridge, 1993.

KONTOROVICH, Eugene [2005]. Disrespecting the “opinions of mankind”: international law in constitutional interpretation. **Public Law and Legal Theory Working Paper**, The Law School of the University of Chicago, Paper n. 96, June 2005. Disponível em: <[http://ssrn.com/abstract\\_id=73466](http://ssrn.com/abstract_id=73466)>. Acesso em 12 jan. 2011.

KOOPMANS, Thijmen [1996]. Comparative law and the courts. **International and Comparative Law Quarterly**. Cambridge Journals, v.45, n. 3, p. 545-556, 1996.

KOSKENNIEMI, Martti [1997]. Hierarchy in International Law: A Sketch. **The European Journal of International Law**, v. 8, n. 4, p.566-582, 1997.

\_\_\_\_\_. [2001]. **The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960.** Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

\_\_\_\_\_. [2006]. **Fragmentation of international Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law.** Report of the Study Group of the International Law Commission. Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006. Identificação: A/CN.4/L.682.

\_\_\_\_\_. [2007]. The fate of Public International Law: between technique and politics. **The Modern Law Review**, v. 70, n. 1, p. 1-30, 2007.

KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi [2002]. Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties. **Leiden Journal of International Law**, Cambridge Journals, v. 15, n. 3, p. 553-579, 2002.

KOVZIRIDZ, Tamara [2009]. **Hierarchy and Interdependence in Multi-level Structures: Foreign and European Relations of Belgian, German and Austrian Federated Entities.** Brussels: VUB Press, 2009.

KOZTUR, Markus [2001]. La soberanía hoy: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, P.; KOTZUR, M. **De la soberanía al derecho constitucional comun.** Mexico: UNAM, 2001. p. 85-122.

KRASNER, Stephan [2001]. Rethinking the sovereign state model. **Review of International Studies**, Cambridge Journals, v. 27, n. 5, p. 17-42, Dec. 2001.

\_\_\_\_\_. [2004]. Sharing sovereignty: new institutions for collapsed and failing states. **International security**, v. 29, n. 2, p. 85-120, fall 2004.

KRISCH, Nico [2005]. International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order. **The European Journal of International Law**, v. 16, n. 3, p. 369-408, 2005.

\_\_\_\_\_. [2006]. The pluralism of global administrative law. **The European Journal of International Law**, v. 17, n. 1, p. 247-278, 2006.

\_\_\_\_\_. [2008]. The Open Architecture of European Human Rights Law. **The Modern Law Review**, v. 71, n. 2, p. 183-216, 2008.

\_\_\_\_\_. [2009]. The case for pluralism in postnational law. **LSE Law, Society and Economy Working Papers**, London School of Economics and Political Science, n. 12, 2009. Disponível em: <ssrn.com/abstract=1418707>. Acesso em:

KÜHLING, Jürgen [2006]. Fundamental rights. In: VON BOGDANDY, A.; BAST, J. (eds.). **Principles of European Constitutional Law**. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2006. p. 501-547.

KUMM, Mattias [1999]. Who is the final arbiter of constitutionality in Europe?: three conceptions of the relationship between the German constitutional court and the European Court of Justice. **Common Market Law Review**, v.36, n. 2, p. 351-386, 1999.

\_\_\_\_\_. [2005]. The jurisprudence of constitutional conflict: constitutional supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty. **European Law Journal**, v. 11, n. 3, p. 262-307. 2005.

\_\_\_\_\_. [2006]. Democratic constitutionalism encounters international law: terms of engagement. In: CHOUDHRY, Sujit [2006]. **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge, 2006. p. 256-293.

\_\_\_\_\_. [2009]. The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State. In: DUNOFF, J.; TRACHTMAN, J. (eds). **Ruling the world? Constitutionalism, International Law, and Global Governance**. Cambridge: Cambridge, 2009. p. 258-325.

KUO, Ming-Sung [2010a]. Between Law and Language: When Constitutionalism Goes Plural in a Globalising World. **The Modern Law Review**, v. 73, n. 5, p. 858-882, 2010.

\_\_\_\_\_. [2010b]. Reconciling Constitutionalism with Power: Towards a Constitutional Nomos of Political Ordering. **Ratio Juris**, v. 23, n. 3, p. 390-410, sept. 2010.

\_\_\_\_\_. [2010c]. The end of constitutionalism as we know it? boundaries and the state of global constitutional (dis)ordering. **Transnational Legal Theory**, Hart Publishing, v. 1, n. 3, p. 329-369, 2010.

LACHMAYER, Konrad [2007]. The international constitutional Law approach: an introduction to a new perspective on constitutional challenges in a globalizing world. **The Vienna Online Journal on International Constitutional Law**, v. 1, n. 2, 91-99, 2007. Disponível em: < <http://www.icl-journal.com> > . Acesso em: 13 set. 2009.

LADEUR, Karl-Heinz [1999]. The Theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law: From the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Inter-relationships. **EU Working Paper Law**, European University Institute, Florence, Paper n. 3, 1999.

\_\_\_\_\_. [2004]. Methodology and European law: can methodology change so as to cope with the multiplicity of the law? In: VAN HOECKE, M. (ed.). **Epistemology and methodology of comparative law**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2004. p. 91-121.

\_\_\_\_\_. [2009]. European Law as transnational Law: Europe has to be conceived as an heterarchical network and not as a superstate ! **German Law Journal**, v. 10, n. 10, p. 1357-1366, 2009.

\_\_\_\_\_. [2010]. The State in international law. **Comparative Research in Law & Political Economic**, CLPE Research Paper 27/2010, Osgoode Hall Law School, v. 6, n. 6, 2010.

LAFER, Celso [1982]. Os dilemas da soberania. In: \_\_\_\_\_. **Paradoxos e possibilidades: estudos sobre a ordem mundial e sobre a política exterior do Brasil num Sistema Internacional em Transformação**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982. p.

\_\_\_\_\_. [2007]. Prefácio. In: LUPI, A. [2007]. **Os métodos no direito internacional**. São Paulo: Lex, 2007. p. 11-18.

LANGER, Máximo [2004]. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004.

LARSEN, Joan L [2004]. Importing constitutional norms from a “wider civilization”: *Lawrence* and the Requist Court’s use of foreign and international law in domestic constitutional interpretation. **Ohio State Law Journal**, v. 65, n. 5, p. 1283-1327, 2004.

LASSER, Mitchel de S.-O.-l’E [2003]. The question of understanding. In: LEGRAND, P; MUNDAY, R (Eds). **Comparative legal studies: traditions and transitions**. Cambridge: Cambridge, 2003. p. 197-239.

\_\_\_\_\_. [2009]. **Judicial transformations: the rights revolution in the courts of Europe**. Oxford: Oxford, 2009.

LAVRANOS, Nikolaos [2008]. The *Solange*-Method as a tool for regulating competing jurisdictions among international courts and tribunals. **Loyola Los Angeles International and Comparative Law Review**, v. 30, p. 273-334, 2008.

LAW, David S [2005]. Generic Constitutional law. **Minnesota Law Review**. Minneapolis, MN, USA, University of Minnesota Law School, v. 89, n.3, p. 750-815, Feb. 2005.

LEE, Jack Tsen-Ta [2007]. Interpreting bill of rights: the value of a comparative approach. **International Journal of Constitutional Law**, v. 5, n. 1, p. 122-152, 2007.

LEGAIS, Raymond [1997]. France: L’utilisation du droit comparé par les Tribunaux: rapport français. In: DROBNIG, U.; VAN ERP, S. (eds.). **The use of comparative law by courts**. Kluwer Law International, 1997. p. 113-126.

LEGRAND, Pierre [2002]. Public Law, Europeanisation and Convergence: Can Comparatists Contribute? In: BEAUMONT, P.; LYONS, C.; WALKER, N. (eds.). **Convergence and Divergence in European Public Law**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2002. p. 225-255.

\_\_\_\_\_. [2003]. The same and the different. In: LEGRAND, P; MUNDAY, R (Eds). **Comparative legal studies: traditions and transitions**. Cambridge: Cambridge, 2003. p. 240-311.

LESAFFER, Randall [1997]. The Westphalia peace treaties and the development of the tradition of great European peace treaties prior to 1648. **Grotiana: a journal under the auspices of the Foundation Grotiana**. v. 18, p. 71-95, 1997.

\_\_\_\_\_. [1999]. La dimensión internacional de los Tratados de Paz de Westfalia: en enfoque jurídico. In: VILLAVARDE, F. (ed.). **350 años de la Paz de Westfalia: del antagonismo a la integración en Europa**. Madrid: Bibliotheca Nacional, 1999. p. 33-53.

LEVIT, Janet Koven [2008]. Bottom-up lawmaking: the private origins of transnational law. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 15, n. 1, p. 49-73, win. 2008.

LINDAHL, Hans [2003]. Sovereignty and representation in the European Union. In: WALKER, Neil (ed.). **Sovereignty in transition**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2003. p. 87-113.

\_\_\_\_\_. [2010]. A-legality: postnationalism and the question of legal boundaries. **The Modern Law Review**, v. 73, n. 1, p. 30-56, 2010.

LINDROSS, Anja; MEHLING, Michael [2005]. Dispelling the chimera of 'self-contained regimes': international law and the WTO. **The European Journal of International Law**, v. 16, n.5, p.857-877, 2005.

LITFIN, Karen T. [1997]. Sovereignty in world ecopolitics. **Mershon International Studies Review**, The International Studies Association, v. 41, n. 2, p. 167-204, nov. 1997.

LOEWENSTEIN, Karl [1976]. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

LOIS, Cecilia Caballero [2001]. **Uma teoria da constituição**: justiça, liberdade e democracia em John Rawls. 2001. 376 f. Tese (Tese em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

LOIS, Cecilia *et alli* [2009]. Separação de poderes e vício de iniciativa: bases para a fixação do regime de cooperação legislativa entre os poderes Executivo e Legislativo. **Revista Jurídica** [revista eletrônica], Brasília, v. 11, n. 94, jun./set. 2009. Disponível em: [http://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-12-n-94-jun-set-2009/menu-vertical/artigos/artigos.2009-11-30.7351088243/at\\_download/anexo](http://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-12-n-94-jun-set-2009/menu-vertical/artigos/artigos.2009-11-30.7351088243/at_download/anexo). Acesso em: 13 mai. 2010.

LOLLINI, Andrea [2007]. La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana. **Diritto Pubblico e Comparato Europeo**, n. 1, 2007. Disponível em: [www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2007/lollini2.pdf](http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2007/lollini2.pdf). Acesso em: 12 jan. 2007.

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo [2004]. **Teoría impura del derecho**: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Legis; Universidade Nacional, 2004.

LOUGHLIN, Martin [2003]. Ten tenets of sovereignty. In: In: WALKER, Neil (ed.). **Sovereignty in transition**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2003. p. 55-85.

LUCAS VERDÚ, Pablo [1976]. **Curso de derecho político**. 2.ed. Madrid: Tecnos, 1976.

\_\_\_\_\_. [1985]. **El sentimiento constitucional**: Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política. Madrid: REUS, 1985.

\_\_\_\_\_. [1987]. **La lucha contra el positivismo jurídico en la república de Weimar**: la teoría constitucional de Rudolf Smend. Madrid: Tecnos, 1987.

\_\_\_\_\_. [1990]. El orden normativista puro: supuestos culturales y políticos en la obra de Hans Kelsen. **Revista de estudios políticos** (nueva época), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n. 68, abr.-jun., p. 7-93, a. 1990.

\_\_\_\_\_. [1994]. **La constitución en la encrucijada: *palingenesia iuris politici***. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1994. (Discurso de ingreso na Real Academia de Ciencias Morales y Políticas da España).

LUHMANN, Niklas [1996]. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, G.; PORTINARO, P.; LUTHER, J. (coords.). **Il Futuro Della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996.

LUPI, André Lipp Pinto Basto [2001]. **Soberania, OMC e Mercosul**. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

\_\_\_\_\_. [2007]. **Os métodos no direito internacional**. São Paulo: Lex, 2007.

LUPI, André Lipp Pinto Basto; BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto [2008]. A interpretação da norma internacional em conformidade com seu contexto: uma proposta para aplicação do direito internacional pelos tribunais brasileiros. In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis : Fundação José Boiteux, 2008. p. 2490-2513.

MACCORMICK, Neil [1993]. Beyond the Sovereign State. **The Modern Law Review**, v. 56, n. 1, p. 1-18, 1993.

\_\_\_\_\_. [1995]. The Maastricht-Urteil: sovereignty now. **European Law Journal**, v. 1, n. 3, p. 259-266, 1995.

\_\_\_\_\_. [1996]. Liberalism, nationalism and the post-sovereign state. **Political studies**, v. 44, n. 3, p. 553-567, 1996.

\_\_\_\_\_. [1999]. **Questioning sovereignty: law, state, and practical reason.** Oxford: Oxford University Press, 1999.

MACEDO, Paulo Emilio Vauthier Borges de [2008]. A literatura sobre a paternidade do direito internacional. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 13, n. 1, p. 83-93, jan.-jun. 2008.

\_\_\_\_\_. [2009]. **O nascimento do direito internacional.** São Leopoldo: Unisinos, 2009.

MADURO, Miguel [2006]. A constituição plural: constitucionalismo e União Européia. Cascais: Principia, 2006.

\_\_\_\_\_. [2007]. Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism. **European Journal of Legal Studies**, European University Institute, v. 1, n. 2, p. 1-21, 2007.

\_\_\_\_\_. [1998]. **We The Court: The European Court of Justice and The European Economic Constitution: a Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty.** Oxford; Portland: Hart Publishing, 1998.

\_\_\_\_\_. [2003a]. Contrapunctual law: Europe's constitutional pluralism in action. In: WALKER, Neil (ed.). **Sovereignty in transition.** Oxford; Portland: Hart Publishing, 2003. p. 501-537.

\_\_\_\_\_. [2003b]. Europe and the constitution: what if this is as good as it gets? In: WEILER, J.H.H.; WIND, M. (eds.). **European Constitutionalism beyond the state.** Cambridge: Cambridge, 2003.p. 74-101.

\_\_\_\_\_. [2005]. Sovereignty in Europe: the European Court of Justice and the creation of a European political community. In: VOLCANSEK, M.; STACK JR, J. (eds.). **Courts crossing borders: blurring the lines of sovereignty.** Durham, NC: Carolina Academic Press, 2005. p. 43-62.

\_\_\_\_\_. [2006]. As Formas do Poder do Europeu: O pluralismo constitucional europeu em acção. In: \_\_\_\_\_. **A Constituição plural: constitucionalismo e União Europeia.** Cascais, Portugal: Principia, 2006.

Disponível em: [www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/PoderEuro.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/PoderEuro.pdf).  
(Tradução de *Contrapunctual law...*).

\_\_\_\_\_. [2008]. Interpreting european law–judicial adjudication in a context of constitutional pluralism. **Working Paper IE Law School**, European University Institute, WPLS08-02, 2008. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1134503>.

\_\_\_\_\_. [2009]. Courts and Pluralism: Essay on a Theory of Judicial Adjudication in the Context of Legal and Constitutional Pluralism. In: DUNOFF, J.; TRACHTMAN, J. (eds). **Ruling the world?** Constitutionalism, International Law, and Global Governance. Cambridge: Cambridge, 2009. p. 356-379.

MAHLMANN, Matthias [2009]. Theorizing Transnational Law: Varieties of Transnational Law and the Universalistic Stance. **German Law Journal**, v. 10, n. 10, p. 1325-1336, 2009. Disponível em: <[www.germanlawjournal.com](http://www.germanlawjournal.com)>.

MANCUSO, Francesco [2008]. Introdução. In: VATTEL, Emmerich de. **O direito das gentes**: ou princípios da lei natural aplicados à condução e aos negócios das nações e dos governantes. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 17-67.

MANERO, Juan Ruiz [2007]. Una tipología de las normas constitucionales. In: AGUILÓ, J; ATIENZA, M; MANERO, J.R. **Fragmentos para una teoría de la constitución**. Madrid: Iustel, 2007. p. 63-112.

MANN, Michael [2003]. Has globalization ended the rise and rise of the Nation-State? HELD, D.; MCGREW, A.(eds.). **The global transformations reader**: an introduction to the globalization debate. 2.ed. Cambridge; Malden: Polity Press, 2003. p. 135-146.

MARKESINIS, Basil [2003]. **Comparative law in the courtroom and classroom**: the story of the last thirty-five years. Oxford: Hart Publishing, 2003.

MARTINICO, Giuseppe [2007]. Complexity and Cultural Sources of Law in the EU Context: From the Multilevel Constitutionalism to the

Constitutional Synallagma. **German Law Journal**, v. 8, n. 3, p. 205-229, 2007.

MATTEI, Ugo [1997]. Three patterns of law: taxonomy and change in the World's legal systems. **The American Journal of comparative law**. Berkeley, ASCL, v. 45, n. 1, p.5-44, 1997.

MATTEUCCI, Nicola [1997]. Constitucionalismo. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de política**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. v. 1.

\_\_\_\_\_. [1998]. **Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno**. Madrid: Trotta, 1998.

MAUS, Ingeborg [2000]. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, 2000.

MAYER, Franz [2003]. European constitution and the courts: adjudicating european constitutional law in a multilevel system. **Harvard Jean Monnet Working Papers**, Boston, MA, sept. 2003. Symposium European integration: the new german scholarship. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Heidelberg, 24-27 Feb. 2003. Disponível em: <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/03/030901-03.html>>. Acesso em: 17 jun. 2004.

\_\_\_\_\_. [2006]. The European Constitution and the Courts. In: VON BOGDANDY, A.; BAST, J. (eds.). **Principles of European Constitutional Law**. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2006. p. 281-333.

MAZZUOLI, Valério [2010]. **Curso de direito internacional público**. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

McCRUDDEN, Christopher [2000]. A common law of human rights?: thansnational judicial conversations on constitutional rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 20, n. 4, p. 499-532, 2000.

\_\_\_\_\_. [2007]. Judicial comparativism and human rights. In: ÖRÜCÜ, E.; NELKEN, D. (Eds.). **Comparative law: a handbook**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2007. p. 371-398.

McILWAIN, Charles Howard [1991]. **Constitucionalismo antiguo y moderno**. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1991.

MELLO, Celso D. Albuquerque de [1994]. **Curso de direito internacional público**. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. v. 1.

MESQUITA, Bruce Bueno de [2000]. Popes, kings, and endogenous institutions: the Concordat of Worms and the origins of sovereignty. In: CAPORASO, J. (Org.). **Continuity and change in the Westphalian order**. Malden, USA; Oxford, UK: Blackwell Publishers, 2000. p. 93-118.

MICHAELS, Ralf [2005]. The Re-State-ment of Non-State law: the State, Choice of law, and the challenge from global legal pluralism. **The Wayne Law Review**, v. 51, p. 1209-1259, 2005.

\_\_\_\_\_. [2006]. The functional method of comparative law. In: REIMANN, M.; ZIMMERMANN, R. (eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: OUP, 2006. p.339-382.

\_\_\_\_\_. [2007]. Two paradigms of jurisdiction. **The Michigan Journal of International Law**, v. 27, n. 4, p. 1003-1069, 2007.

\_\_\_\_\_. [2009]. Global legal pluralism. **The Annual Review of Law and Social Sciences**. v. 5, p. 243-262, 2009.

MICHAELS, Ralf; PAUWELYN, Joost [2010]. Conflict of Norms or Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of Public International Law. In: BROUDE, T.; SHANY, Y (eds.). **Multi-source equivalent norms in international law**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2010.

MICHELMAN, Frank [2004]. Reflection. **Texas Law Review**, v. 82, n. 7, p. 1737-1761, 2004.

\_\_\_\_\_. [2005]. Integrity-Anxiety? In: IGNATIEFF, M (ed). **American Exceptionalism and Human Rights**. Princeton: Princeton University Press, 2005. p. 241-276.

MILEWICZ, Karolina [2009]. Emerging Patterns of Global Constitutionalization: Toward a Conceptual Framework. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 16, n. 2, p. 413-436, 2009.

MINIKKEN, Panu [2007]. The ethos of sovereignty: a critical appraisal. **Human Rights' Review**, v. 8, n. 2, p. 33-51, 2007.

MODELSKI, George [2003]. Globalization. In: HELD, D.; MCGREW, A.(eds.). **The global transformations reader: an introduction to the globalization debate**. 2.ed. Cambridge; Malden: Polity Press, 2003. p. 55-59.

MÖLLERS, Christoph [2004]. Transnational governance without Public Law? In: JOERGES, C.; SAND, I.-J.; TEUBNER, G. (eds.). **Transnational Governance and constitutionalism**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2004. p. 329-337.

\_\_\_\_\_. [2006]. Pouvoir Constituant - Constitution – Constitutionalisation. In: VON BOGDANDY, A.; BAST, J. (eds.). **Principles of European Constitutional Law**. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2006. p. 183-225.

MONTEALEGRE, Hernan [1993]. Posición que ocupa el derecho internacional de los derechos humanos em relación com la jerarquia normativa del sistema jurídico nacional. Posible conflicto entre normas incompatibles. In: COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS - Colegio de Abogados del Uruguay. **Derecho Internacional de los Derechos Humanos**. Montevideo, 1993. p. 15-22.

MOREIRA, Felipe Kern [2009]. **A construção teórica do conceito de legitimidade no direito internacional**: a inaplicabilidade da norma fundamental da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. 2009. 599 f. Tese (Tese em Relações Internacionais) – Instituto de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

MORENO, Fernanda Venceslau [2005]. Negociações internacionais e política doméstica: a disputa das patentes entre Estados Unidos e Brasil. **Revista Eletrônica UNIBERO de Produção Científica**. Março de 2005. São Paulo: SP. Disponível em: <[http://www.unibero.edu.br/download/revistaeletronica/Mar05\\_Artigos/Patentes%20EUA%20e%20Brasil\\_FINAL.pdf](http://www.unibero.edu.br/download/revistaeletronica/Mar05_Artigos/Patentes%20EUA%20e%20Brasil_FINAL.pdf)> Acesso em 13 mar. 2011.

MORGENTHAU, Hans J. [1948]. The problem of sovereignty reconsidered. **Columbia Law Review**, New York, v. 48, p. 341-365, 1948.

MOUFFE, Chantal [1994]. Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, n. 2, jul./dez. 1994. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/CadernosEscol/Caderno2/teoria.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2011.

MÜLLER, Till [2008]. Customary Transnational Law: attacking the last resort of state sovereignty. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 15, n. 1, p. 19-47, 2008.

MUNDAY, Roderick [2003]. Accounting for an encounter. In: LEGRAND, P; MUNDAY, R (Eds). **Comparative legal studies: traditions and transitions**. Cambridge: Cambridge, 2003. p. 1-28.

NANZ, Patrizia [2006]. Democratic Legitimacy of Transnational Trade Governance: A View from Political Theory. In: JOERGES, C.; PETERSMANN, E-U. (eds.). **Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2006.p. 59-81.

NELKEN, David [2002]. Legal transplants and beyond: of disciplines and metaphors. In: HARDING, A.; ÖRÜCÜ, E. (eds.). **Comparative law in the 21<sup>st</sup> century**. London; The Hague; New York: Kluwer Academic Publishers, 2002. p.19-34.

\_\_\_\_\_. [2003]. Comparatists and transferability. In: LEGRAND, P; MUNDAY, R (Eds). **Comparative legal studies: traditions and transitions**. Cambridge: Cambridge, 2003. p. 437-466.

NEVES, Marcelo [1994]. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

\_\_\_\_\_. [1995]. Constitucionalização Simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 12, p. 156-167, 1995

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

NGUYEN QUOC, Dinh; PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick [2003]. **Direito internacional público**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto [2006]. **Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos**. Santiago: Librotecna, 2006.

NOLLKAEMPER, André [2009]. Constitutionalization and the Unity of the Law of International Responsibility. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 16, n. 2, p. 535-563, 2009.

NUÑEZ, Manuel [2004]. Una introducción al constitucionalismo postmoderno y al pluralismo constitucional. **Revista chilena de derecho**, v. 31, n.1, p. 115-136, 2004.

OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de [2009]. **Da unidade à fragmentação do direito internacional ambiental: o Caso MOX PLANT**. 2009. 40 f. Monografia (Especialização em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito Ambiental Internacional, Centro Universitário de Brasília (UniCEUB); Programa das Nações Unidas para Treinamento e Pesquisa (UNITAR), Brasília, 2009.

ORAKHELASHVILI, Alexander [2006]. **Peremptory norms in international law**. Oxford: Oxford, 2006.

ÖRÜCÜ, Esin [2002]. *Unde venit, quo tendit* comparative law? In: HARDING, A.; ÖRÜCÜ, E. (eds.). **Comparative law in the 21<sup>st</sup> century**. London; The Hague; New York: Kluwer Academic Publishers, 2002. p. 1-18.

\_\_\_\_\_. [2007a]. Developing comparative law. In: ÖRÜCÜ, E.; NELKEN, D. (Eds.). **Comparative law: a handbook**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2007. p. 43-65.

\_\_\_\_\_. [2007b]. A general view of “legal families” and of “mixing systems”. In: ÖRÜCÜ, E.; NELKEN, D. (Eds.). **Comparative law: a handbook**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2007. p. 169-188.

\_\_\_\_\_. [2007c]. Comparative law in practice: the courts and the legislator. In: ÖRÜCÜ, E.; NELKEN, D. (Eds.). **Comparative law: a handbook**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2007. p. 411-434.

OSIANDER, Andreas [2001]. Sovereignty, international relations, and the Westphalian myth. **International Organization**, Cambridge Journals, n. 55, v. 2, p. 251-287, Spring 2001.

OSIATYNSKI, Wiktor [2003]. Paradoxes of constitutional borrowing. **International Constitutional Law Review**. Oxford/UK; New York/US, v. 1, n. 2, p. 244-268, 2003.

PACE, Alessandro [1997]. La instauración de una nueva constitución: perfiles de teoría constitucional. **Revista de Estudios Políticos (nueva época)**, Madrid, CEPC, n. 97, p. 9-44, jul./sep. 1997.

PALMER, Vernon Valentine [2004]. From Lerotholi to Lando: some examples of comparative law methodology. **Global Jurist Frontiers**, The Berkeley Electronic Press, v. 4, n. 2, article 1, sep. 2004. Disponível em: <<http://www.bepress.com/gj/frontiers/vol4/iss2/art1>>. Acesso em: 12 mai 2009.

PALOMBELLA, Gianluigi [2009a]. The Rule of Law and its Core. In: PALOMBELLA, G.; WALER, N. (eds). **Relocating the rule of law**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2009. p. 17-41.

\_\_\_\_\_. [2009b]. The rule of law beyond the state: Failures, promises, and theory. **International Journal of Constitutional law**, v. 7, n. 3, p. 442-467, 2009.

PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón de [2007]. **Anuario de Filosofía del Derecho**. Madrid, BOE, n. 24, p. 229-261, jan. 2007.

PARDO, Davi Wilson de Abreu [2005]. **Direitos fundamentais não enumerados: justificação e aplicação**. 2005. 327 f. Tese (Tese em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005.

PARRISH, Austen L [2007]. Storm in a teacup: the u.s. Supreme court's use of foreign law. **University of Illinois Law Review**. v. 2, p. 637-680, 2007.

PAULUS, Andreas [2003]. From Territoriality to Functionality? Towards a Legal Methodology of Globalization. In: DEKKER, I.; WERNER, W. (eds.). **Governance and international legal theory**. Leiden: Brill, 2003. cap.3. Disponível em: <http://www.cpogg.org/paper%20amerang/Andreas%20Paulus.pdf>.

\_\_\_\_\_. [2004]. Commentary to Andreas Fischer-Lescano & Gunther Teubner: the legitimacy of international law and the role of the state. **Michigan Journal of International Law**, v. 25, n. 4, p. 1047-1058, 2004.

\_\_\_\_\_. [2005]. 'Jus cogens Between Hegemony and Fragmentation: An Attempt at a Re-appraisal'. **Nordic Journal of International Law**, v. 74, 297-333, 2005.

\_\_\_\_\_. [2009]. The International Legal System as a Constitution. In: DUNOFF, J.; TRACHTMAN, J. (eds). **Ruling the world? Constitutionalism, International Law, and Global Governance**. Cambridge: Cambridge, 2009. p. 69-111.

PAUWELYN, Joost [2003]. **Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law**. Cambridge: Cambridge, 2003.

\_\_\_\_\_. [2004]. Bridging fragmentation and unity: international Law as a universe of inter-connected islands. **Michigan Journal of International Law**, v. 25, n. 4, p. 903-916, 2004.

\_\_\_\_\_. [2006]. Non-Traditional Patterns of Global Regulation: Is the WTO 'Missing the Boat'? In: JOERGES, C.; PETERSMANN, E-U. (eds.). **Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2006. p. 199-227.

PAUWELYN, Joost; SALLES, Luiz Eduardo [2009]. Forum Shopping before international tribunals: (real) concerns, (im)possible solutions. **Cornell International Law Journal**, v. 42, p. 77-118, 2009.

PEGORARO, Lucio [2007]. La utilización del derecho comparado por parte de las cortes constitucionales: un análisis comparado. **Palestra del Tribunal Constitucional**, Lima, a. 2, n. 7, p. 697-730, jul. 2007.

PERJU, Vlad [2007]. The Puzzling Parameters Of The Foreign Law Debate. **Utah Law Review**. v. 2007, n. 1, p. 167-214, 2007.

\_\_\_\_\_. [2010]. Cosmopolitanism and Constitutional Self-Government. **Legal Studies Research Paper Series**, Boston College Law School, Paper n. 201, 2010.

PERNICE, Inhof [2001]. Rethinking the methods of dividing and controlling the competences of the Union. **WHI - Paper 6/01**. Walther Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht Humboldt-Universität zu Berlin. Konferenz "Europe 2004: Le grand débat". Berlin, 2001. Disponível em: <http://www.whi-berlin.de/pernice-competencies.htm>.

\_\_\_\_\_. [2002]. Multilevel constitutionalism in the European Union. **WHI Paper**, Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht Humboldt-Universität zu Berlin, Paper n. 5, 2002.

\_\_\_\_\_. [2008]. The Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: a Legal Response to the Challenges of Globalisation. **WHI Paper**, Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht Humboldt-Universität zu Berlin, Paper n. 9, 2008.

\_\_\_\_\_. [2010]. Does Europe need a constitution ? Achievements and challenges after Lisbon. **WHI Paper**, Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht Humboldt-Universität zu Berlin, Paper n. 2, 2010.

PETERS, Anne [2006]. Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. **Leiden Journal of International Law**, n. 19, n.3, p. 579-610, 2006.

\_\_\_\_\_. [2007]. The globalization of State constitutions. In: NOLLKAEMPER, A.; NIJMA, J. (eds.). **New perspectives on the divide between national and international law**. Oxford: Oxford, 2007. p. 251-308

\_\_\_\_\_. [2009]. The Merits of Global Constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 16, n. 2, p. 397-411, 2009.

PETERSEN, Niels [2009]. The reception of international law by constitutional courts through the prism of legitimacy. **Max Planck Institute for Research on Collective Goods**, Bonn, v. 39, a. 2009.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich [2006]. Multilevel Trade Governance in the WTO Requires Multilevel Constitutionalism. In: JOERGES, C.; PETERSMANN, E-U. (eds.). **Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2006.p. 5-57

PHILPOT, Daniel [2001]. **Revolutions in sovereignty**: how ideas shaped modern international relations. Princeton, Princeton University Press, 2001.

PIOVESAN, Flávia [2002]. A justicialização do sistema interamericano de direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas. **Boletim**

**Científico da Escola Superior do Ministério Público da União,**  
Brasília, ano 1, n. 4, p. 35-50, jul/set. 2002.

\_\_\_\_\_. [2007]. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 8.ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

POIRIER, Johanne. Belgique [2008]. In: The constitutional implications of the Regulatory State, 2008, Londres. **The constitutional implications of the Regulatory State.** Londres : UCL/IACL, 2008

PONTHOREAU, Marie-Claire [2005a]. Le recours à <l'argument de droit comparé> par le judge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques. In: MELIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand. **L'interprétation constitutionnelle.** Paris: Dalloz, 2005. p. 167-184.

\_\_\_\_\_. [2005b]. Le droit comparé en question(s) : entre pragmatisme et outil épistémologique. **Revue Internationale de Droit Comparé,** Société de Legislation Comparée, v. 2005, n. 1, p.7-27, 2005.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves [2010]. **Direito internacional público e privado.** 2.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010.

POSNER, Richard [2004]. No Thanks, We Already Have Our Own Laws: the court should never view a foreign legal decision as a precedent in any way. **Legal Affairs,** The Magazine at the intersection of law and life, Features, jul./ago. 2004. Disponível em: [http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature\\_posner\\_julaug04.msp](http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp). Acesso em: 23 jan. 2011.

POZZOLO, Suzanna [2005]. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONEL, Miguel (Org). **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Trotta, 2005. p. 187-210.

PRIETO SANCHÍS, Luís [2003]. **Justicia constitucional y derechos constitucionales.** Madrid: Trotta, 2003.

\_\_\_\_\_. [2005]. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONEL, Miguel (Org). **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Trotta, 2005. p. 123-158.

RAMOS, André de Carvalho [2001]. **Direitos humanos em juízo:** comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

\_\_\_\_\_. [2002]. **Processo internacional de direitos humanos:** análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMSEY, Michael D. [2004]. International Materials and Domestic Rights: Reflections on Atkins and Lawrence. **The American Journal of International Law**, American Society of International Law v. 98, n. 1, p. 69-82, 2004. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3139257>. Acesso em: 12 jun. 2009.

RAO, Pemmaraju Sreenivasa [2004]. Multiple international judicial forums: a reflection of the growing strength of international law or its fragmentation? **Michigan Journal of International Law**, v. 25, n. 4, p. 929-960, 2004.

RAWLS, John [2000]. **O liberalismo Político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

REZEK, José Francisco [2010]. **Direito internacional público:** curso elementar. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Renato Janine [2001]. Prefácio: A mídia do dezessete. In: HOBBS, Thomas. **Behemoth ou o longo parlamento**. Belo Horizonte: UFMG, 2001. Disponível em: <http://filosofospoliticosmalditos.blogspot.com/2010/04/hobbes.html>. Acesso em: 19 nov. 2010.

RITTBERGER, Volker [2008]. Global Governance: From 'Exclusive' Executive Multilateralism to Inclusive, Multipartite Institutions. **Tübinger Arbeitspapiere zur Internationalen Politik und Friedensforschung**, Institut für Politikwissenschaft Eberhard-Karls-Universität Tübingen, Paper n. 52, 2008. Disponível em: <http://www.uni-tuebingen.de/uni/spi/taps/tap52.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2011.

ROCHA, Leonel Severo [1982]. **As dimensões de legitimação-dominância do discurso jurídico sobre o poder soberano**. 1982. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas - Especialidade Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 1982.

\_\_\_\_\_. [1984]. O sentido político da Teoria Pura do Direito. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 5, n. 9, p. 57-75, 1984.

ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Delton Winter de [2006]. Policontextualidade e direito ambiental reflexivo. **Revista Sequência**, n. 53, p. 9-28, dez. 2006.

ROSAS, Allan [2007]. The European Court of Justice in context: forms and patterns of judicial dialogue. **European Journal of Legal Studies**, European University Institute, v. 1, n. 1, 2007.  
<http://www.ejls.eu/2/24UK.pdf>

ROSEN, Lawrence [2003]. Beyond compare. In: LEGRAND, P; MUNDAY, R (Eds). **Comparative legal studies: traditions and transitions**. Cambridge: Cambridge, 2003. p. 493-510.

ROSENAU, James N. [2000]. Governança, ordem e transformação na política mundial. In: ROSENAU, J.; CZEMPEL, E-O. (org.). **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial**. Brasília: UnB, 2000. p. 11-46.

ROSENFELD, Michel [1998]. **Just interpretations: law between ethics and politics**. Berkeley: University of California Press, 1998.

\_\_\_\_\_. [2001]. The rule of Law and the legitimacy of constitutional democracy. **Southern California Law Review**, Los Angeles, v. 74, n. 6, p. 1307-1352, 2001.

\_\_\_\_\_. [2003]. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

\_\_\_\_\_. [2004]. A identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 11-63, jan./jun. 2004.

\_\_\_\_\_. [2008]. Rethinking constitutional ordering in an era of legal and ideological pluralism. **International Journal of Constitutional Law**. Oxford Journals/New York University School of Law, v. 6, n. 3-4, p. 415-455, 2008.

\_\_\_\_\_. [2010]. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London; New York: Routledge, 2010.

ROSENKRANTZ, Carlos [2003]. Against borrowing and others nonauthoritative uses of foreign law. **I-CON International Journal of Constitutional Law**. New York/US, Oxford Journals/New York University School of Law, v. 1, n. 2, p.269-295, 2003.

RUBENFLED, Jeb [2001]. The new unwritten constitution. **Duke Law Journal**, v. 51, n. 1, p. 289-305, 2001.

RUDOLPH, Christopher [2005]. Sovereignty and territorial borders in a global age. **The International Studies Review**, Malden; Oxford, Blackwell Publishers, v. 7, n. 1, p. 1-20, 2005.

RUGGIE, John Gerard [1997]. Territoriality and beyond: problematizing modernity in international relations. **International organization**, Cambridge Journals, v. 47, n. 1, p. 139-174, Winter, 1993.

RUIZ MIGUEL, Alfonso [2002]. **Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2002.

SACCO, Rodolfo [2001]. **Introdução ao direito comparado**. São Paulo: RT, 2001.

SADURSKI, Wojciech [2008]. Partnering with Strasbourg: constitutionalization of the European Court of Human Rights, the accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the idea of pilot judgements. **EUI Working Paper Law**, European University Institute, Florence, Paper n. 33, 2008.

SAJÓ, Andras; ROSENFELD, Michel [2007]. Spreading liberal constitutionalism: an inquiry into the fate of free speech rights in new democracies. In: CHOUDHRY, S. (ed). **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 142-177.

SALCEDO, Juan Antonio Carrilo [1997]. Reflections on the existence of a hierarchy of norms in International Law. **The European Journal of International Law**, v. 8, n. 4, p.583-595, 1997.

SALDANHA, Nelson [2000]. **Formação da teoria constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite [2002]. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMUEL, Geoffrey [2004]. Epistemology and comparative law: contributions from the sciences and social sciences. In: VAN HOECKE, M. (ed.). **Epistemology and methodology of comparative law**. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 35-78.

SANCHEZ AGESTA, Luís [1974]. **Curso de derecho constitucional comparado**. 5.ed. Madrid: Universidad de Madrid, 1974.

SANDEL, Michael [1982]. **Liberalism and the Limits of Justice**. Cambridge, EUA: Cambridge University Press, 1982.

SANTOS, Boaventura de Sousa [2000]. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. São Paulo: Cortez, 2000. v. 1: **a crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência.

\_\_\_\_\_. [2002]. Os processos da globalização. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Globalização e as ciências sociais**. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 25-102.

SANTOS, Cecilia MacDowell [2007]. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 4, n. 7, p. 26-57, 2007.

SARKI, Jeremy [2004]. O advento das ações movidas no sul para reparação por abusos dos direitos humanos. **Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos**, a. 1, n. 1, p. 71-133, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang [2006]. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SAUNDERS, Cheryl [2006]. The use and misuse of comparative constitutional law. **Indiana Journal of Global Legal Studies**. Bloomington, IN, v. 13, n.1, p. 37-76, 2006.

SCHADBACH, Kai [1998]. The benefits of comparative law: a continental European view. **Boston University International Law Journal**, v. 16, n. 2, p. 331-422, 1998.

SCHAUER, Frederick [1994]. Free speech and the cultural contingency of constitutional categories. In: ROSENFELD, M. (ed.). **Constitutionalism, identity, difference and legitimacy: Theoretical perspectives**. Durham: Duke University Press, 1994. p. 353-368.

SCHEPPELE, Kim Lane [2003]. Aspirational and aversive constitutionalism: the case for studying cross-constitutional influence through negative models. **I-CON International Journal of Constitutional Law**. New York/US, Oxford Journals/New York University School of Law, v. 1, n. 2, p.296-324, 2003.

\_\_\_\_\_. [2006]. The migration of anti-constitutional ideas: the post-9/11 globalization of public law and the international state of emergency. In: CHOUDHRY, S. (ed). **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 347-373

SCHMITT, Carl [1970]. **Teoría de la constitución**. Trad. Francisco Ayala. México: Editora Nacional, 1970.

\_\_\_\_\_. [1992]. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992.

\_\_\_\_\_. [2003]. **Teoría de la Constitución**. 4. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

\_\_\_\_\_. [2006]. **Teología política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHOLTE, Jan Aart [2003]. What is “global” about globalization? In: HELD, D.; MCGREW, A.(eds.). **The global transformations reader: an introduction to the globalization debate**. 2.ed. Cambridge; Malden: Polity Press, 2003. p. 84-91.

SCHUTTER, Olivier de [2004]. The implementation of the EU Charter of fundamental rights through the open method of coordination. **Jean Monnet Working Paper**, New York School of Law, Paper n. 7, 2004. Disponible em:

SCOTT, Craig [2009]. “Transnational law” as proto-concept: three conceptions. **German Law Journal: Review of developments in German, European and International Jurisprudence**. v. 10, n. 7, p. 859-876, 2009. Disponible em:  
<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1147>.

SHAFFER, Gregory [2010]. Transnational legal process and state change: opportunities and constraints. **Legal Studies Research Paper Series**, University of Minnesota, paper n. 28, 2010. Disponible em:  
<http://ssrn.com/abstract=1612401>

SHANY, Yuval [2006]. How supreme is the supreme law of the land? Comparative analysis of the influence of international human rights treaties upon the interpretation of constitutional texts by domestic courts. **Brooklyn Journal of International Law**, v. 31, n.2, p. 341-404, 2006.

\_\_\_\_\_. [2007]. **Regulating jurisdictional relations between national and international courts**. Oxford: Oxford, 2007.

SHAW, Jo [2003]. Sovereignty at the boundaries of the polity. In: WALKER, Neil (ed.). **Sovereignty in transition**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2003. p. 461-499.

SIÉYÉS, Emmanuel Joseph [2009]. **A constituinte burguesa**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SIÉYÉS, Emmanuel Joseph. [1997]. **A constituinte burguesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SILVA, Virgílio Afonso da [2004]. A fossilized constitution? **Ratio Juris**, v. 17, n. 4, p. 454-73, 2004.

SIMMA, Bruno; PULLKOWSKI, Dirk [2006]. Of planets and the universe: self-contained regimes in international law. **The European Journal of International Law**, v. 17, n. 3, p. 483-529, 2006.

SINGER, J. David [1961]. The International System: Theoretical Essays. **World Politics**, v. 14, n. 1, p. 77-92, oct. 1961.

SKINNER, Quentin [1996]. **As fundações do pensamento político moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SKORDAS, Achilles [2007]. Self-determination of peoples and transnational regimes: a foundational principle of global governance. In: TSAGOURIAS, N. (ed.). **Transnational Constitutionalism: International and European Models**. Cambridge: Cambridge, 2007. p. 207-268.

SLAUGHTER, Anne-Marie [1994]. A typology of transjudicial communication. **University of Richmond Law Review**. v. 29, p. 99-138, a. 1994.

\_\_\_\_\_. [1997]. The real new world order. **Foreign Affairs**, v. 76, n. 5, p. 183-197, 1997.

\_\_\_\_\_. [2003a]. A global community of courts. **Harvard International Law Journal**, v. 44, n. 1, p. 191-219, 2003.

\_\_\_\_\_. [2003b]. Global government networks, global information agencies, and disaggregated democracy. **Michigan Journal of International Law**, v. 24, n. 4, p. 1041-1075, 2003.

\_\_\_\_\_. [2004a]. **A new world order**. Princeton: Princeton U.Press, 2004.

\_\_\_\_\_. [2004b]. Defining the limits: universal jurisdiction and national courts. In: MACEDO, Stephen (ed.). **Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2004. p. 168-192.

\_\_\_\_\_. [2005]. A brave new judicial world. In: IGNATIEFF, Michael (Ed). **American Exceptionalism and Human Rights**. Princeton: Princeton University Press, 2005.

SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-WHITE, William [2002]. An international constitutional moment. **Harvard International Law Journal**, v. 43, n. 2, p. 1-21, 2002.

\_\_\_\_\_. [2006]. The future of international law is domestic (or, The European Way of Law). **Harvard International Law Journal**, v. 47, n. 2, p. 327-352, 2006.

SMEND, Rudolf [1985]. **Constitución y derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SMITS, Jan M [2004]. The europeanisation of national legal systems: some consequences for legal thinking in civil law countries. In: VAN HOECKE, M. (ed.). **Epistemology and methodology of comparative law**. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 229-246.

\_\_\_\_\_. [2006]. Comparative law and its influence on national legal systems. In: REIMANN, M.; ZIMMERMANN, R. (eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: OUP, 2006. p. 513-538.

SOARES, Guido Fernando Silva [2000]. **Common law: introdução ao direito dos EUA**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOLON, Ari Marcelo [1997]. **Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão**. Porto Alegre: SAFE, 1997.

SORIANO, Aldir Guedes [2003]. Constitucionalização do direito internacional: uma nova forma de alteração da constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 40, n. 159, p. 253-266, jul./set. de 2003.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de [2007]. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007.

SPRUYT, Hendrik [2000]. The End of Empire and the Extension of the Westphalian System: The Normative Basis of the Modern State Order. In: CAPORASO, J. (Org.). **Continuity and change in the Westphalian order**. Malden, USA; Oxford, UK: Blackwell Publishers, 2000. p. 65-92.

SPRUYT, Henrik [1994]. **The sovereignty state and its competitors**. Princeton: Princeton University Press, 1994.

STEFFEK, Jens; KISSLING, Claudia [2006]. Why Co-operate? Civil Society Participation at the WTO. In: JOERGES, C.; PETERSMANN, E-U. (eds.). **Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2006.p. 135-155

STRANGE, Susan [2003]. The declining authority of States. In: HELD, D.; MCGREW, A.(eds.). **The global transformations reader: an introduction to the globalization debate**. 2.ed. Cambridge; Malden: Polity Press, 2003. p.127-134.

STRAUMANN, Benjamin [2008]. The Peace of Westphalia as a secular constitution. **Constelations**, v. 15, n. 2, 173-188, 2008.

STRECK, Lenio [2002]. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUSTEIN, Cass R. [2000]. Constitutionals agreements without constitutional theories. **Ratio Juris**, Oxford University Press, v. 13, n. 1, p. 117-130, 2000.

SWEET, Alec Stone [2000]. **Governing with judges: constitutional politics in Europe**. Oxford: Oxford, 2000.

\_\_\_\_\_. [2009]. Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 16, n. 2, p. 621-645, 2009.

SWEET, Alec Stone; KELLER, Helen [2008a]. Assessing the impact of the ECHR on national legal systems. In: KELLER, H. (ed.). **A Europe of rights: the impact of ECHR on national legal systems**. Oxford: Oxford, 2008. p. 677-712.

\_\_\_\_\_. [2008b]. The reception of the ECHR in National Legal Orders. In: KELLER, H. (ed.). **A Europe of rights: the impact of ECHR on national legal systems**. Oxford: Oxford, 2008. p. 3-28.

SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud [2008]. Proportionality, balancing and global constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 47, n. 1, p. 73-165, 2008.

TAMANAH, Brian [1995]. An analytical map of social scientific approaches to the concept of law. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 15, n. 4, p. 501-535, 1995.

\_\_\_\_\_. [2008]. Understanding legal pluralism: past to present, local to global. **Legal Studies Research Paper Series**, St. John's University School of Law, Paper n. 07-0080, 2008. Disponível em: <  
<http://ssrn.com/abstract=1010105>>.

\_\_\_\_\_. [2009]. A Concise Guide to the Rule of Law. In: PALOMBELLA, G.; WALER, N. (eds). **Relocating the rule of law**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2009. p. 3-16

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn [1995]. **The Global Expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TAYLOR, Charles [1994]. **La ética de la autenticidad**. Barcelona: Paidós, 1994.

\_\_\_\_\_. [1997]. **Philosophical Arguments**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques [2005]. **A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

TEMER, Michel [2007]. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

TESCHKE, Benno [2002]. Theorizing the Westphalian System of States: international relations from absolutism to capitalism. **European Journal of International Relations**, v. 8, n. 1, p. 5-48, 2002.

TEUBNER, Gunther [1997a]. *Altera pars audiatur*: law in the collision of discourses. In: RAWLINGS, R. (ed.). **Law, society and economy**. Oxford: Oxford, 1997. p. 149-176.

\_\_\_\_\_. [1997b]. The king's many bodies: the self-deconstruction of law's hierarchy. **Law and Society Review**, v. 31, n. 4, p. 763-787, 1997.

\_\_\_\_\_. [1998a]. Legal irritants: good faith in British law or how unifying law ends up in new divergences. **The modern law review**, v. 61, n. 1, p. 11-32, 1998.

\_\_\_\_\_. [1998b]. Two faces of Janus: rethinking legal pluralism. In: TUORI, K.; UUSITALO, J.; BANKOWSKI, Z. (eds.). **Law and power: critical and socio-legal essays**. Liverpool: Deborah Charles, 1998. p. 119-140.

\_\_\_\_\_. [2002]. Breaking frames: economic globalization and the emergence of *lex mercatoria*. **European Journal of Social Theory**, v. 5, n.2, p. 199-217, 2002.

\_\_\_\_\_. [2003]. A Bukowina Global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 9-31, 2003.

\_\_\_\_\_. [2004]. Societal constitutionalism: alternatives to state-centred constitutional theory. (Storrs Lectures 2003/04. Yale Law School). In: JOERGES, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (eds.). **Transnational**

**Governance and Constitutionalism.** Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 3-28 Disponível em: <[http://www.jura.uni-frankfurt.de/fb/fb01/ifawz1/teubner/dokumente/societal\\_constitutionalism.pdf](http://www.jura.uni-frankfurt.de/fb/fb01/ifawz1/teubner/dokumente/societal_constitutionalism.pdf)>.

\_\_\_\_\_. [2005]. Societal constitutionalism: alternatives to State-centred constitutional theory. **Storrs Lectures 2003/04.** Yale Law School. Disponível em: <http://web.uni-frankfurt.de/fb01/teubner/pdf-dateien/Societal.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2005.

\_\_\_\_\_. [2006]. The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by “Private” Transnational Actors. **The** \_\_\_\_\_, v. 69, n. 3, p. 327-346, 2006.

\_\_\_\_\_. [2009]. Self-subversive justice: contingency or transcendence formula of law? **The Modern Law Review**, v. 72, n. 1, 2009.

TEUBNER, Günther; KORTH, Peter [2009]. Two Kinds of Legal Pluralism: Collision of Laws in the Double Fragmentation of World Society. Disponível em: ..... (In: YOUNG, M. (ed.). **Regime interaction in international law: theoretical and practical challenges.** Cambridge: Cambridge, 2011).

TRACHTMAN, Joel P. [2009]. Constitutional Economics of the World Trade Organization. In: DUNOFF, J.; TRACHTMAN, J. (eds). **Ruling the world? Constitutionalism, International Law, and Global Governance.** Cambridge: Cambridge, 2009. p. 206-231

TRINDADE, Otávio Cançado [2008]. A constitucionalização do direito internacional: mito ou realidade? **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, v. 45, n. 178, p. 271-284, abr./jun. 2008.

TSAGOURIAS, Nicholas [2007a]. Introduction. In: \_\_\_\_\_. (ed.). **Transnational constitutionalism: international and European models.** Cambridge: Cambridge, 2007. p. 1-14.

\_\_\_\_\_. [2007b]. The constitutional role of general principles of law in international and European jurisprudence. In: TSAGOURIAS, N. (ed.). **Transnational Constitutionalism: International and European Models.** Cambridge: Cambridge, 2007. p. 71-105.

TUCCI, José Rogério Cruz e [2004]. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 2004.

TUSHNET, Mark [1999]. The possibilities of comparative constitutional law. **The Yale Law Journal**. New Haven, CT, v. 108, n. 6, p. 1225-1309, abr 1999.

\_\_\_\_\_. [2003a]. The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law. **International Constitutional Law Review**. Oxford/UK; New York/US, v. 1, n. 1, p. 79-98, 2003.

\_\_\_\_\_. [2003b]. Transnational/Domestic constitutional law. **Georgetown University Law Center, 2003 Working Paper Series in Public Law and Legal Theory**. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=437382>>. Acesso em: 19 nov. 2004.

\_\_\_\_\_. [2004]. Interpreting Constitutions Comparatively: Some Cautionary Notes, with Reference to Affirmative Action. **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**, Paper 229, 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/229>>. Acesso em 13 mai. 2008.

\_\_\_\_\_. [2007]. Some reflections on method in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, S. (ed). **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 67-83.

TWIGNING, William [2007]. Globalisation and comparative law. In: ÖRÜCÜ, E.; NELKEN, D. (Eds.). **Comparative law: a handbook**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2007. p. 69-90.

\_\_\_\_\_. [2009]. **General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective**. Cambridge: Cambridge, 2009.

VAN AAKEN, Anne [2009]. Defragmentation of Public International Law Through Interpretation: A Methodological Proposal. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 16, n. 2, p. 483-512, 2009.

VAN CREVELD, Martin [2004]. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

VARELLA, Marcelo Dias [2010]. **Direito internacional público**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VATTEL, Emmerich de [2008]. **O direito das gentes ou princípios da lei natural aplicados à condução e aos negócios das nações e dos governantes**. Ijuí (RS): Unijuí, 2008.

VEGA, Pedro de [1988]. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. Madrid: Tecnos, 1988.

VIGEVANI, Tullo [1999]. Ciclos longos e cenários contemporâneos da sociedade internacional. **Lua Nova**, n.46, p. 5-53, 1999.

VILE, M. J. C [1998]. **Constitutionalism and the separation of powers**. Indianapolis: Liberty Fund Inc., 1998.

VOGENAUER, Stefan [2006]. Sources of law and legal method in comparative law. In: REIMANN, M.; ZIMMERMANN, R. (eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: OUP, 2006. p. 869-898.

VOLCANSEK, Mary L [2001]. Constitutional courts as veto players: divorce and decrees in Italy. **European Journal of Political Research**, Blackwell Publishing, v. 39, n. 3, p. 347-372, May. 2001

\_\_\_\_\_. [2005]. Courts and regional trade agreements. In: VOLCANSEK, M.; STACK JR, J. (eds.). **Courts crossing borders: blurring the lines of sovereignty**. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2005. p. 23-42.

VOLCANSEK, Mary; STACK JR, John [2005a]. Courts crossing borders. In: VOLCANSEK, M.; STACK JR, J. (eds.). **Courts crossing borders: blurring the lines of sovereignty**. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2005. p. 3-10.

\_\_\_\_\_. [2005b]. Judicialization and sovereignty. In: VOLCANSEK, M.; STACK JR, J. (eds.). **Courts crossing borders**: blurring the lines of sovereignty. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2005. p. 11-22.

\_\_\_\_\_. [2005]. **Courts crossing borders**: blurring the lines of sovereignty. Durham: Carolina Academics Press, 2005

VON BERNSTORFF, Jochen [2004]. The Structural Limitations of Network Governance: ICANN as a Case in Point. In: JOERGES, C.; SAND, I.-J.; TEUBNER, G. (eds.). **Transnational Governance and constitutionalism**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2004. p. 257-282.

VON BOGDANDY, Armin [2006a]. Constitutional Principles. In: VON BOGDANDY, A.; BAST, J. (eds.). **Principles of European Constitutional Law**. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2006. p. 3-51.

\_\_\_\_\_. [2006b]. Constitutionalism in international law: comment on a proposal from Germany. **Harvard International Law Journal**, v. 47, n. 1, p. 223-242, 2006.

\_\_\_\_\_. [2008]. Pluralism, direct effect, and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional law. **International Journal of Constitutional Law**, v. 6, n. 3-4, p. 397-413, 2008.

VON BOGDANDY, Armin; BAST, Jürgen [2006]. The vertical order of competences. In: \_\_\_\_\_. (eds.). **Principles of European Constitutional Law**. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2006. p. 335-371.

VON BOGDANDY, Armin; DANN, Philipp; GOLDMANN, Matthias [2009]. Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities. In: VON BOGDANDY, A. *et alli*. (eds.). **The Exercise of Public Authority by International Institutions**: Advancing International Institutional Law. Heildeberg: Springer, 2009. p. 3-32.

VON BOGDANDY, Armin; DELLAVALLE, Sergio [2008]. Universalism and particularism as paradigm of international law. **ILJ Working Paper n. 2008/3**, History and Theory of International Law Series, New York University School of Law, Finalizado em 7.2.2008. Disponível em: <<http://www.ilj.org>>. Acesso em 18 out. 2010.

VON BOGDANDY, Armin; WOLFRUM, Rüdiger; VON BERNSTORFF, Jochen; DANN, Philipp; GOLDMANN, Matthias (eds.) [2009]. **The Exercise of Public Authority by International Institutions**: Advancing International Institutional Law. Heildeberg: Springer, 2009.

WAI, Robert [2006]. Conflicts and Comity in Transnational Governance: Private International Law as Mechanism and Metaphor for Transnational Social Regulation through Plural Legal Regimes. In: JOERGES, C.; PETERSMANN, E-U. (eds.). **Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2006.p. 229-261.

WALDRON, Jeremy [2005]. Foreign law and modern jus gentium. **Harvard Law Review**, v. 119, n. 1, p. 129-147, 2005.

WALKER, Neil [1999]. Flexibility within a metaconstitutional frame: reflections on the future of legal authority in Europe. **Harvard Jean Monnet Working Paper**, Harvard Law School, Paper n. 12, 1999. Disponível em:

\_\_\_\_\_. [2002a]. Culture, Democracy and the Convergence of Public Law: Some Scepticisms about Scepticism. In: BEAUMONT, P.; LYONS, C.; WALKER, N. (eds.). **Convergence and Divergence in European Public Law**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2002. p. 257-271.

\_\_\_\_\_. [2002b]. The idea of constitutional pluralism. **The Modern Law Review**, v. 65, n. 3, p. 317-359, 2002.

\_\_\_\_\_. [2003a]. Late sovereignty in the European Union. In: WALKER, Neil (ed.). **Sovereignty in transition**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2003. p. 3-31.

\_\_\_\_\_. [2003b]. Postnational constitutionalism and the problem of translation. In: WEILER, J.H.H.; WIND, M. (eds.). **European Constitutionalism beyond the state**. Cambridge: Cambridge, 2003.p. 27-53.

\_\_\_\_\_. [2006]. The migration of constitutional ideas and the migration of *the* constitutional idea: the case of the EU. In: CHOUDHRY, Sujit [2006]. **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge, 2006. p. 316-343.

\_\_\_\_\_. [2008a]. Beyond boundaries disputes and basic grids: mapping the global disorder of normative orders. **International Journal of Constitutional Law**, v. 6, n. 3-4, p. 373-396, 2008.

\_\_\_\_\_. [2008b]. Taking constitutionalism beyond the State. **Political Studies**, v. 56, n. 3, p. 519-543, 2008.

\_\_\_\_\_. [2009]. The Rule of Law and the EU: Necessity's Mixed Virtue . In: PALOMBELLA, G.; WALER, N. (eds). **Relocating the rule of law**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2009. p. 119-137

\_\_\_\_\_. [2009]. Reframing the EU Constitutionalism. In: DUNOFF, J.; TRACHTMAN, J. (eds). **Ruling the world?** Constitutionalism, International Law, and Global Governance. Cambridge: Cambridge, 2009.p. 149-176.

WALKER, Rob [2003]. **Inside/outside**: international relations as political theory. Cabridge: Cambridge University Press, 2003.

\_\_\_\_\_. [2006]. The double outside of the modern international. **Ephemera: theory and politics in organization**. v. 6, n. 1, p. 56-69, 2006.

WALTER, C [2002]. Constitutionalizing (inter)national governance: possibilities for and limits to the development of an International Constitutional Law. **German Yearbook of International Law**, v. 44, p. 170, 2002.

WATSON, Adam [1992]. **The evolution of international society**. London: Routledge, 1992.

WATSON, Alan [1993]. **Legal transplants: an approach to comparative law**. 2.ed. Athens, GA; London: University of Georgia Press, 1993.

\_\_\_\_\_. [1996]. Aspects of reception of law. **The American Journal of comparative law**. Berkeley, ASCL, v. 44, n. 2, p.335-351, 1998.

WATT, Horatia Muir [2006]. Globalization and comparative law. In: REIMANN, M.; ZIMMERMANN, R. (eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: OUP, 2006. p. 579-608.

WEIL, Prosper Weil [1983]. Towards Relative Normativity in International Law? **American Journal of International Law**, v. 77, n. , p. 413-442, 1983.

WEILLER, J. H. H. [2003]. In defence of the status quo: Europe's constitutional *Sonderweg*. In: WEILER, J.H.H.; WIND, M. (eds.). **European Constitutionalism beyond the state**. Cambridge: Cambridge, 2003.p. 7-26.

WEILLER, J. H. H.; PAULUS, Andreas L. [1997]. The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law? **The European Journal of International Law**, v. 8, p. 545-565, 1997.

WEINRIB, Lorraine E [2002]. Constitutional conceptions and constitutional comparativism. In: JACKSON, Vicki; TUSHNET, Mark (eds). **Defining the field of comparative constitutional law**. Westport, CT, USA: Praeger Publishers, 2002. p. 3-34.

\_\_\_\_\_. [2006]. The postwar paradigm and American exceptionalism. In: CHOUDHRY, S. (ed). **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 84-112.

WELLENS, Karel [2004]. Fragmentation of International Law and establishing an accountability regime for international organizations: the

role of the Judiciary in closing the gap. **Michigan Journal of International Law**, v. 25, n. 4, p. 1159-1182, 2004.

WERNER, Wouter [2007]. The never-ending closure: constitutionalism and international law. In: TSAGOURIAS, N. (ed.). **Transnational Constitutionalism: International and European Models**. Cambridge: Cambridge, 2007. p. 329-367.

WERNER, Wouter G; WILDE, Jaap H. de [2001]. The endurance of sovereignty. **European Journal of international relations**, v. 7, n. 3, p. 283-313, 2001.

WHITE, Nigel [2007]. Hierarchy in organisations: regional bodies and the United Nations. In: TSAGOURIAS, N. (ed.). **Transnational Constitutionalism: International and European Models**. Cambridge: Cambridge, 2007. p. 135-159.

WHYTOCK, Christopher [2008]. Taking causality seriously in comparative constitutional law: insights from comparative politics and comparative political economy. **Loyola of Los Angeles Law Review**, v. 41, n. 2, p.629-682, 2008.

\_\_\_\_\_. [2009]. Domestic courts and global governance. **Tulena Law Review**, v. 84, n. 1, p. 69-123, 2009.

WILSON, Peter [2008]. The causes of Thirty Years War. **The English Historical Review**, Oxford Journals, v. 123 (cxxxiii), n. 502, p. 554-586, 2008.

WIND, Marlene [2003]. The European Union as a polycentric polity: returning to a neo-medieval Europe? In: WEILER, J.H.H.; WIND, M. (eds.). **European Constitutionalism beyond the state**. Cambridge: Cambridge, 2003.p. 103-133.

WITTE, Bruno de [2002]. The Closest Thing to a Constitutional Conversation in Europe: The Semi-Permanent Treaty Revision Process. In: BEAUMONT, P.; LYONS, C.; WALKER, N. (eds.). **Convergence and Divergence in European Public Law**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2002. p. 36-57.

WOLKMER, Antonio Carlos [1997]. **Pluralismo jurídico:** fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa e Ômega, 1997.

YAZBEK, Otávio [2001]. Considerações sobre a circulação e transferência dos modelos jurídicos. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). **Direito constitucional:** estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 540-556.

YOUNG, Ernest [2005]. Foreign law and the denominator problem. **Harvard Law Review**, v. 119, n. 1, p. 148-167, 2005.

ZACHER, Mark W. [2000]. Os pilares em ruína do templo de Vestfália. In: ROSENAU, J.; CZEMPIEL, E-O. (Orgs.). **Governança sem governo:** ordem e transformação na política mundial. Brasília: UnB; Imprensa Oficial, 2000. p. 83-141.

ZAGREBELSKY, Gustavo [1995]. **El derecho ductil:** ley, derechos y justicia. Madrid: Trotta, 1995.

\_\_\_\_\_. [2005]. **Historia y constitución.** Madrid: Trotta, 2005.

\_\_\_\_\_. [2008]. El juez en el siglo XXI. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, n. 10, p. 249-268, jul./dez. 2008. Disponível em: <[http://www.iidpc.org/revistas/10/pdf/265\\_283.pdf](http://www.iidpc.org/revistas/10/pdf/265_283.pdf)>. Acesso em 15 ago. 2010.

ZIMMERMANN, Reinhard [2006]. Comparative law and the europeanization of private law. In: REIMANN, M.; ZIMMERMANN, R. (eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Law.** Oxford: OUP, 2006. p. 539-578.

ZIPPELIUS, Reinhold [1997]. **Teoria geral do Estado.** 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ZUMBANSEN, Peer [2006]. Transnational law. In: SMITS, Jan (ed.). **Encyclopedia of comparative law.** Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2006. p. 738-754.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein [1998]. **An introduction to comparative Law**. 3.ed. Oxford: Clarendon Press, 1998.